
3 1761 09492636 7





Gemeinrechtliche Begründung
des
particulären Erbvertrages.

Ein rechtsgeschichtlicher Versuch.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doctorwürde
in der
juristischen Facultät der Universität München
von

Georg Kugelmann.

Erlangen,
Druck der Universitäts-Buchdruckerei von Junge & Sohn.
1877.

Inhaltsübersicht.



Gemeinrechtliche Begründung des particulären Erbvertrages*).

§. 1.

Einleitung.

Die gemeinrechtliche Gültigkeit des universellen Erbvertrages ist heutzutage wohl keinem Zweifel mehr unterworfen. Nicht so übereinstimmend sind die Rechtslehrer hinsichtlich der allgemeinen Zulässigkeit des Erbvertrages über eine einzelne Sache oder des partikulären Erbvertrages. Namhafte Autoritäten wie Beseler u. Gerber verneinen dieselbe.

Aber auch unter denjenigen, welche einen partikulären Erbvertrag anerkennen, besteht ein lebhafter Gegensatz über

*) Die ältere Literatur s. unten §. 9. An neuerer Literatur sind zu vergleichen: Hasse rhein. Museum II, 150, 218; III, 17 f.; Albrecht Gewere 206 ff.; Beseler Erbverträge II, 22, 213 ff., III (II, 2) 109 ff.; v. Langenn u. Kori Erörterungen praktischer Rechtsfragen II. No. 25; Schwarze Ztschrft. f. R. Pf. u. Verw. im Kgr. Sachsen N. F. I, 146 ff. u. Gottschalk ibid. 306; Bluntschli in den hallischen Jahrbüchern v. Ruge u. Echtermeyer Jahrg. 1838 No. 165; Buddeus die Erbverträge in Weiske's R.-Lex. X, 33; Dieck in Ersch u. Gruber Encyclopädie B. XL, 423 ff; Albrecht in Schneider u. Richter Kr. Jahrb. VI, 326 ff.; Gustav Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen S. 73 ff.; Arndts in Haimerl's österr. V.-Schr. VII, 280; Ruhwandl in Ztschrft. d. bayr. Anw.-Ver. III, 118.

Ausserdem behandeln den part. Erbvertrag mehr oder weniger ausführlich: Eichhorn Einl. in d. Deutsch. Pr. R. §. 344; Phillips d. Pr.-R. (II. Aufl.) §. 171; Mittermaier 453, II; Walter deutsch. Pr.-R. §. 433, III; Gengler deutsch. Pr.-R. II, 258 B; Gerber

seinen Entwicklungs-Gang und die Art seiner heutigen Begründung.

Die Neueren — Hasse, Hartmann, Roth — schliessen von der Gültigkeit des Erbeinsetzungs-Vertrages als eines der jüngeren Rechtsentwicklung angehörigen Institutes auch auf die des Vermächtnissvertrages. „Es bedarf — wie Hartmann (a. a. O. S. 74) dies ausspricht — gar nicht des aus äusseren Gründen vielleicht schwierigen Beweises, dass die Anwendung des Erbvertrages auch auf Vermächtnisse im Leben üblich und vom Gerichtsgebrauch anerkannt sei".

Die ältere Schule dagegen sieht die Wurzel eines part. Erbvertrages bereits in den deutschrechtlichen Vergabungen, die sich nach Reception des röm. R. organisch zu der modernen Form ausgebildet haben; und zwar boten in dieser Beziehung für einen Theil der Schriftsteller — Eichhorn, Duncker, Philipps, Dieck u. A. — die Vergabungen von Immobilien (mit sofortiger dinglicher Rechtswirkung) den Ausgangspunct dar, während andere — insbesondere Albrecht — an jene Vergabungen („Auslobungen") von Fahrhabe, welche für den Honorirten die Entstehung eines sofortigen dinglichen Rechtes nicht bewirkten, die Entwicklung und Begründung unseres Institutes ansetzen[1]).

Diese Art der Rechtfertigung und Ableitung des partik. Erbvertrages weist von selbst dem vorliegenden Versuche seine Richtung und Haltung an. In einem ersten Abschnitte soll auf jene deutschrechtlichen Verhältnisse ein prüfender Blick geworfen und untersucht werden, inwieweit damit unser Erbvertrag in Zusammenhang gebracht werden dürfe, während in einem weiteren Abschnitte dessen Entwicklung und Gestaltung nach Reception des röm. R. zu verfolgen ist.

---

deutsch. Pr.-R. §. 257; Bluntschli deutsch. Pr.-R. §. 242; Koch preuss. Erbr. §. 76; Gruchot pr. Erbr. II, 340; Förster pr. Erbr. §. 247. Roth bayr. Civ.-R. III §§. 331, 336; Holzschuher Civ.-R. XIII, 5; Reyscher gem. u. würtemb. Pr.R. III §. 697; Windscheid Pand. §. 632.

[1]) Vgl. Agricola Gewere zu rechter Vormundschaft S. 545.

I. Der partikuläre Erbvertrag vor Reception des römischen Rechtes.

A. Vergabungen von Immobilien.

§. 2.

a) Vergabungen der Volksrechte.

Für den Rechtszustand des deutschen Mittelalters, dem bekanntlich letztwillige Verfügungen fehlten, konnte sich leicht eine Form bilden, die wenigstens indirekt jenen Mangel deckte.

Auf der einen Seite waltete das Bedürfniss, doch einmal sein Gut Andern als (vielleicht unwürdigen oder entfernten) Verwandten zu hinterlassen, auf der andern Seite machte sich aber das egoistische Interesse geltend, sein Gut zeitlebens zu geniessen.

Dies ist die Idee, auf welcher die deutschrechtlichen sog. Vergabungen auf den Todesfall oder die älteren „Erbverträge" beruhen.

Die ältesten Spuren derartiger Geschäfte enthalten bereits die Volksrechte. Zwar betreffen die dort behandelten Vergabungen in der Regel ein ganzes Vermögen; allein der Umstand, dass diese gerne als Wiege aller Erbverträge betrachtet wurden[1]) und immerhin einen Schluss auf Singulärvergabungen gestatten, mag es rechtfertigen, wenn ich einige der wichtigeren einschlägigen Gesetze ausdrücklich hier anführe.

Edict. Roth. 174. „Non leciat donatori ipsum thinx[2]) quod antea fecit, in alium hominem transmigrare; tantum est, ut ille qui garethinx susceperit, tales culpas non faciat donatori, quales solent ingrati filii parentibus suis facere. Ipse

---

[1]) Eichhorn Einl. §. 344; Phillips II S. 142, Albrecht Gew. S. 218 not. 569.

[2]) Ueber die etymologische Bedeutung dieses Wortes s. die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen bei Hugo Miller Ztschr. f. R G. B. XIII 91 ff.

autem qui garethinx susceperit, quidquid reliquerit donator in diem obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere et debitum creditoribus reddere et ab aliis debitum exigere".

Wer würde beim Durchlesen dieser Stelle nicht unwillkürlich an einen modernen universellen Erbvertrag gemahnt? Ist ja doch uns einerseits die Unwiderruflichkeit der Zuwendung bezeugt, andrerseits der Gedanke an eine Erbenqualität des Beschenkten nahegelegt, die sich in dessen Succession in die activen und passiven Obligationen des Erblasses erwiese! Aber fragliches Gesetz erhält sofort ein anderes Licht durch einen Vergleich mit edict. Roth. 173:

„Si quis res suas alii thingaverit et dixerit in ipso thinx lidulaip id est quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat res ipsas postea doloso animo nisi fruatur eas cum ratione. Et si talis ei evenerit necessitas, dicat prius illi, cui thingaverit: „Ecce vedis quia necessitate [3]) compulsus res istas vado dare; si tibi videtur, subveni mihi et res istas conserva in tuam proprietatem".

Hieraus ergibt sich, dass der Bedachte durch „thingatio" ein sofort wirksames dingliches Recht empfing [4]), da willkürliche Veräusserungen dem Schenker nach dem Vergabungsakte regelmässig verboten erscheinen. Das Recht des Bedachten wird geradezu „proprietas" genannt, während die Stellung des Freigebigen durch die Worte „non . . . nisi fruatur" genugsam angedeutet ist. Dem gegenüber verliert c. 174 an entscheidendem Gewichte und es erklärt sich jenes Eintreten des Bedachten in die Obligationen des Erblassers, wenn nicht vielmehr edict. Roth. cc. 168—174 eine eigenthümliche Assi-

---

[3]) Im Falle der Noth cessirte für den Besitzer sowohl gegenüber dem Begabten wie auch gegenüber dem nächsten Erben jegliche Veräusserungsbeschränkung, ein Gedanke der das ganze Mittelalter hindurch uns begegnen wird vgl. l. Rib. t. 49; l. Sax. 61 u. unten §. 4 n. 25.

[4]) Vgl. H. Miller a. a. O. S. 96.

milirung römisch[5])- und deutschrechtlicher Gedanken sind, aus einem Prinzip der Billigkeit.

Als eigentlicher den dinglichen Rechtserwerb vermittelnder und bedingender Rechtsakt erscheint sonach die thingatio, welche in der exp. des lib. Pap. zu ed. Roth. 174 (Pertz mon. Germ. hist. LL. IV, 329) als „corporalis traditio“ bezeichnet wird und nach Ausweis von ed. Roth. c. 172 öffentlich vor Zeugen — non absconse, ante liberos homines — vor sich geht.

Dieselbe in ihrer Wirksamkeit und Gültigkeit an das Nichtvorhandensein von Kindern geknüpft, mochte wohl auch für Vergabungen einzelner Immobilien neben dem räthselhaften „launegild“[6]) die zulässige Form gewesen sein. Einen bestimmteren Anhalt hiefür bietet l. Liutpr. c. 73, wo für die Wirksamkeit einer Schenkung schlechthin — also nicht blos einer universellen — die Anwendung von „thingatio“ oder „launegild“ erfordert wird[7]).

Auch die vielbesprochene Affatomie der l. Ribuariorum beruht auf nichts anderem als auf dem für Veräusserung von Eigen gewöhnlichen Akte.

t. 48. „Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis sive

---

[5]) Hiefür könnte man anführen c. 168 . . . „nulli liceat sine certas culpas filium suum exheredare nec quod ei per legem debetur, alii thingare“ . . . c. 170. „Si quis res suas alii thingaverit posteaque eum contegerit, filius legitimus procreare: omne thinx quod est donatio rumpitur — Stellen, die sehr an röm. Notherbenrecht erinnern.

[6]) Ich fasse „thinx“ und „launegild“ als Gegensatz eines feierlichen vor Zeugen vorgenommenen Aktes und eines formlosen, aber durch Gegengabe rechtsbeständig gemachten Geschäftes. Nach Sohm (Recht der Eheschliessung S. 28) macht das launegild „Handgeld“ die Schenkung zu einem entgeltlichen Geschäfte, z. e. Realcontracte. Vgl. H. Miller a. a. O. 94 u. Val de Lièvre: Launegild u. Wadia. Insbruck 1877 bes. §. 8.

[7]) So auch H. Miller a. a. O. S. 96 „Sowohl einzelne Sachen als ein ganzes Vermögen konnten Gegenstand der thinx sein“.

vir mulieri vel mulier viro seu cuicunque libet de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem vel in adfatimi[8]) per scripturarum seriem seu per traditionem et adhibitis testibus secundum legem Ribuariam licentiam habebit[9]).

Die Veräusserung von Immobilien erfolgte bekanntlich nach Ribuarischem Rechte (t. 59 u. 60) mittels Traditio an Ort und Stelle vor Zeugen oder zur grösseren Sicherung des Beweises noch mittels Ausstellung einer gerichtlichen Urkunde [10]).

Genau diese beiden Möglichkeiten sind in vorwürfigem Titel auseinandergehalten[11]), so dass wir also in der fränkischen „Affatomie" ein der longob. Thinx vollkommen analoges, Eigenthum übertragendes Rechtsgeschäft zu erblicken haben. Aus der ganzen Anlage und Schilderung der ersteren geht hervor, dass der Schenker sich lebenslänglichen Nutzgenuss vorbehalte, und die Schuldenhaftung des Bedachten

---

[8]) Verwandt mit dem altnordd. fadmr ahd vadum-amplexus; s. v. Amira Erbenfolge u. Verwandtschaftsgliederung S. 59.

[9]) Vgl über die Stelle Beseler I, 105; Sandhaas germ. Abhd. 25.

[10]) Heusler Gewere S. 11: Brünneck, jus ad rem S. 18. Eine abweichende Erklärung des t. 59, 1 u 60, 1 gibt Haiss Traditio Investitura. München 1876. S. 68 f. in scharfsinniger Weise, allein sie vermag m. E. keinen befriedigenden Einklang zu t. 48 herzustellen, wo Traditio zugleich im eigentlichen Sinne als Akt d. Rechtsübertragung und in der Bedeutung von Investitur genommen werden müsste. In t. 60, 1 ist zum mindesten auffällig, dass die Bezahlung des Kaufpreises als Bestandtheil der Investitur, des nicht rechtsübertragenden Aktes, erschiene. Vgl. Haiss a. a. O. S. 157.

[11]) Vgl. l. Rib. t. 37 §. 1, §. 2. Eine Bestätigung der traditio durch eine Urkunde kennt auch l. Alam Hloth. II, 1 — „firmatio per cartam." jedoch ohne Selbständigkeit des Urkundenbeweises; ibid. II, 3. vgl. l. Bajuw. I, 1. Haiss a. a. O. S. 28 ff. scheint für die ältere Zeit die Bedeutung der Urkunden zu hoch anzuschlagen zum Theil unter Berufung auf den (späteren) Swsp. c. 34 (W.) vgl. u. §. 3 n. 5 u. S. 32.

bezeugt t. 67 desselben Gesetzes. Auch in dem Puncte zeigt sich eine Uebereinstimmung des fränkischen Rechtes mit dem longobardischen, dass die Vergabung eines ganzen Vermögens nur unter der Voraussetzung der Kinderlosigkeit rechtlich möglich und wirksam ist, was hier wie dort mehr mit dem Gedanken eines Pflichttheilrechtes der Kinder als mit einem Beispruchsrechte zusammenhängen mag.

Ohne Zweifel dürfen wir nach fränkischem Rechte auch für partikuläre Vergabungen die Anwendung gedachter Formen der Rechtsübertragung behaupten, wobei aber selbstverständlich für den Begabten von einer Uebernahme der Verbindlichkeiten des Erblassers nicht die Rede sein könnte.

Eine besondere Erwähnung verdient noch l. Wisigoth. lib. V t. 2. c. 6: Es wird dort der Satz vorangestellt, dass Schenkungen, wenn sie „in praesenti" vollzogen, vom Schenker in keiner Weise widerrufen werden können. Aber auch — wird fortgefahren — wenn der zu schenkende Gegenstand dem Contracts-Orte weit entlegen ist — longe positum — so ist die Schenkung, wenn nur dem Beschenkten eine Urkunde hierüber behändigt ist, unanfechtbar — quia tunc vera videtur esse traditio, quando jam apud illum scriptura donatoris habetur. — Traditio bedeutet demgemäss nicht mehr allein die faktische Besitzeinweisung, sondern bezeichnet bereits den Abschluss des Rechtsgeschäftes, wie regelmässig seit dem 8. Jahrhundert bei den Vergabungen an die Kirche. Das Wort „traditio" an sich erhält in der genannten Stelle wenigstens noch symbolisch seine Erklärung durch die vorausgesetzte Uebergabe der Urkunde. Dass von dieser Rechtsauffassung bis zu dem Satze: „Eigenthum geht durch Vertrag über" nur ein kleiner Schritt nothwendig war, wird und muss man gerne zugeben.

Im weiteren Verlaufe unserer Stelle heisst es nun: „Si quisquis ille rem donatum sive per traditionem conditae scripturae sive per consignationem vel traditionem rerum in jure suo perceperit et complacuerit ei, ut donator rem ipsam per

voluntatem ejus, qui rem donatam percepit, possideat, jam si . . . (donatarius) . . vivente donatore ab hac vita discedat, ... non ad donatorem sed ad heredes ejus, qui rem donatam percepit, res eadem sine dubio pertinebit.“ Dass unser Gesetz als Schenkungsgegenstand auch Immobilien und zwar sogar vornehmlich im Auge hat, unterliegt schon um desswillen keinem Zweifel, weil die Ausstellung einer Urkunde über ein „fern liegendes Objekt“ wohl nur an Immobilien denken lässt und weil doch hauptsächlich diesen gegenüber die Niessbrauchsreservation Sinn und Bedeutung hat.

Sonach hätten wir vorliegend — allerdings mit vorherrschend römisch-rechtlicher Farbe — in der l. Wisigoth. gleichsam ein Urtyp einer Vergabung — beim Begabten frei vererbliches Eigenthum, beim Geber lebenslänglichen Nutzgenuss.

Als Ergebniss, das aus der Betrachtung der Volksrechte[10]) für die Vergabungen auf den Todesfall fliesst, darf wohl mit Sicherheit hingestellt werden, dass diese auf dinglicher Grundlage ruhten, indem sie selbst, wo sie sich auf ein ganzes Vermögen beziehen, den für Uebertragung des Grundeigenthums üblichen Formen unterlagen.

Dass sie dem Bedachten keineswegs „die Rechte des nächsten Erben durch Aufnahme in die Familie, in das Gesammteigenthum“ gaben, wie Eichhorn[11]) und Phillips[12]) behaupten, ergibt sich schon daraus, dass die von diesen in Bezug genommenen Stellen die Rechte der nächsten Erben nicht zu kennen scheinen. Denn sowohl ed. Roth. 168. 170 als l. Rib. t. 48 sind mehr vom Gesichtspunkte eines Pflichttheils- als eines Beispruchsrechtes zu verstehen[13]). Aber

---

[10]) l. Bajuw. I, 1 und l. Alam. Hloth. I, 1 s. unten §. 3 n. 16 und 36.

[11]) a. a. O. §. 344.

[12]) PrR. §. 166 S. 142, 139.

[13]) Ebenso l. Wisigoth. IV, 2, 20; l. Alam. Hloth. 35, 2; l. Bajuw I, 1 und II, 9; vgl. aber auch unten §. 3 n. 1. — Dagegen l. Sax. 61, 64 l. Bajuw. XV, 10. Beseler I, 48 ff. und Lewis Suc-

selbst angenommen, dass mit Rücksicht auf die für den Bedachten in jenen Gesetzen postulirte Schuldenhaftung die bekämpfte Meinung einigen Anhalt hätte, so entbehrt doch jedenfalls der hieraus von Phillips zu Gunsten des partikulären Erbvertrages gezogene Schluss der Begründung. Phillips glaubt nämlich, dass das Beispruchsrecht sich auch auf eine einzelne Sache beziehen konnte, indem „es nicht nothwendig war, dass alle Rechte, die der Blutsfreund hatte, übertragen wurden.“ Vergebens suchen wir nach einem Nachweis für diese Behauptung, für welche auch die spätere Entwicklung der Vergabungen keineswegs eine Bestätigung bietet. Ueberdies ist fragliche Construction des part. Erbvertrages eine zu enge, indem das Beispruchsrecht begrifflich Fahrhabe nicht umfasste und doch diese ebenso wie unbewegliches Gut Gegenstand des part. Erbvertrages sein muss.

§. 3.

b) Vergabungen an die Kirche.

Unser Material aus und nach der Zeit der Volksrechte umfasst beinahe ausschliesslich Urkunden, welche Vergabungen an eine Kirche, ein Kloster schildern und bezeugen. Dies darf jedoch keineswegs die Vermuthung erwecken, als ob solche lediglich zu deren Gunsten erfolgt wären. Wir dürfen vielmehr annehmen, dass sie nach kirchlichem Muster auch unter Privaten und namentlich unter Ehegatten häufig im Leben Anwendung gefunden haben, dass aber diesbezügliche Urkunden und Aufzeichnungen uns grösstentheils verloren gegangen sind. Denn wenn auch die Vergabungen an die Kirche zum Theil in gesetzlicher Weise gegenüber andern Schenkungen namentlich bezüglich der Erbenrechte[1]) begünstigt sein

cession des Erben S. 7 ff. leugnen überhaupt ein Einspruchsrecht der Erben für die älteste Zeit; vgl. Heusler Gewere S. 45 f. Pernice kr. V.Schr. B. IX. S. 69 f. — Dagegen Sandhaas germ. Abh. S. 199; vgl. v Amira a. a. O. S. 52 und 134; Stobbe Pr.R. §. 87 unterscheidet nach einzelnen Stammesrechten.

[1]) Lex Sax. 61 nulli liceat traditionem hereditatis suae facere

mochten, so enthalten sie doch immerhin einen Rechtsgedanken, der nicht isolirt dastehen, nicht unfruchtbar sich verlieren konnte, sie bestätigen vielmehr ein Rechtsbewusstsein, das Anerkennung auch in andern Lebensbeziehungen beanspruchte. Wir können daher eine ausführlichere Besprechung der kirchlichen Vergabungen nicht abweisen.

Der Begriff der Vergabungen an sich umschliesst auch Schenkungen, bei denen in einem Zuge Recht und Besitz auf den Bedachten fällt und die verschiedenen Traditionensammlungen sind nicht arm an derartigen „cessiones a die praesente“[2]; allein diese müssen sich unserer Betrachtung entziehen, für uns kommen lediglich solche Vergabungen in Frage, deren thatsächliche Wirksamkeit erst nach dem Tode des Schenkers beginnen sollte.

Diese Vergabungen „auf den Todesfall“ beruhten nun auf einer Traditio, die nicht mehr im römischen Sinne für körperliche Besitzeinweisung zu nehmen ist[3]), sondern in der Regel in einer Erklärung, geben, schenken zu wollen und in einer entsprechenden Annahme besteht[4]). Dieser Traditionsakt erfolgte stets und wesentlich vor Zeugen unter Ausstellung einer bezüglichen Urkunde[5]), oft vor zahlreich versammeltem Volke[6]) in Gegenwart des Grafen oder könig-

---

praeter ad ecclesiam vel regi ut heredem suum exheredem faciat. (vgl. Beseler I, 58) l. Wisigoth. l. V t. 1, c. 1; l. Alam. Hloth. I, 1; l. Bajuw. I, 1.

[2]) s. Roth Feudalität 153.

[3]) Heusler Gewere 17; Haiss a. a. O. sucht mit Geschick schon für die ältere Zeit einen Gegensatz zwischen Traditio (Akt der Rechtsübertragung) und Investitur nachzuweisen; s. insb. §§. 6, 7, 10 und S. 149.

[4]) Beseler I, 28 ff.; Brünneck, jus ad rem S. 14 ff. Brackenhöft Ztschr. f. d. R. VIII, 47.

[5]) l. Alam. I, 1; l. Bajuw. I, 1 vgl. ibid. XVI, 2 und XVI, 16. Privat-Urkunden scheinen prozessualisch blos durch die darin aufgeführten Zeugen zu wirken l. Alam. II, 1—3.

[6]) Meichelbeck hist. Fris. Nr. 397, 439, 395, 304, 314 u. ö.

licher missi[7]), hie und da auch noch unter Anwendung von Symbolen[8]). Als Voraussetzung einer gültigen unanfechtbaren Traditio erscheint, wo dies nach Gesetz oder Gewohnheit erforderlich und geboten ist, die Berücksichtigung von Erbenrechten an dem zu übertragenden Gute[9]). Dadurch, dass der Tradent durch die Vergabungen sich ein persönlichen Opfer nicht auferlegen wollte, war deren thatsächliche Wirkung und Realisirung auf den Tod des Gebers gestellt. Ausdrücke wie „tradere post mortem, stabilire post obitum, post discessionem donare ad diem praesentem" bekunden jene Absicht des Schenkers[10]). In der Regel ist aber mit klaren, deutlichen Worten hervorgehoben, dass der Tradent auf Lebenszeit den Gutsgenuss behalten wolle[11]).

Von selbst drängt sich nun die Frage auf: Welcher Art war das Recht, das dem Bedachten in Folge der „Traditio" zustand? Wurde durch „Traditio" ein definitives Recht an dem geschenkten Gute übertragen oder bedurfte es hiezu noch der Vollziehung der Schenkung durch Investitur — Besitzeinweisung?

Während ein Theil der Schriftsteller für wirksame Uebertragung des Rechtes Hinzukommen der Investitur zur Traditio für unumgänglich nothwendig erachtet und ohne diese für den Erben des Tradenten lediglich eine moralische Verpflichtung statuirt[12]), hat sich eine überwiegende Meinung dafür

---

[7]) Meich. Nr. 655, 605. Dronke cod. dipl. Fuld. 388 . . . „coram comite et judicibus suis in conventu publico"; Schannat trad. Fuld. 218, 121, 122; Wartmann Urk.B. der Abt. St. Gallen Nr. 120, 246 u. ö.

[8]) Meich. Nr. 421, 484; vgl. Haiss S. 85 N. 1 und 136.

[9]) Meich. 21, 59, 367, 395, 397, 421, 1213; vgl. Beseler I. 64 ff. Wigand trad. Corb. 350, 456; Zeuss trad. Wizzenb. 6; Wartmann 403; dagegen bezeichnend Meich. 289.

[10]) Meich. 21, 41, Trad. Wizz. 45. Freyberg Sammlung histor. Schriften und Urk. I Nr. XXVIII; weitere Nachweise s. Duncker Ges. Eigenthum 64.

[11]) Freyberg I S. 392 Nr. X, XV, XXII, XXIX. Meich. 141, 154, 169, 170, 132 u. ö.

[12]) Sandhaas germ. Abhdl. S. 69; Merkel in d. Ztschrft f. R.G. II, 160.

gebildet, dass bereits „Traditio“, also im Grunde genommen ein Vertrag, zum Eigenthumserwerbe genügt habe[13]). In jüngster Zeit hat Heusler[14]) „in neuer Formulirung“ der Frage zwar überzeugend nachgewiesen, dass der spätere Erwerber trotz Investitur dem älteren nicht investirten gegenüber unterlegen sei, dass also der erste Erwerber schon auf Grund der „Traditio“ seinen Anspruch auf Herausgabe des Grundstückes gegen einen dritten Besitzer siegreich durchführen konnte; allein er gibt diesem Satze gerade die für unsere Vergabungen tief einschneidende Beschränkung, dass der Erbe des Tradenten durch seine Vestitur, durch seinen Besitz gegen den Traditionsempfänger geschützt war, dass also Letzterer auf Grund der Traditio wohl gegen einen dritten Besitzer, nicht aber gegen den im Besitz befindlichen Erben des Tradenten aufkommen konnte[15]).

Schon oberflächlich besehen muss diese Einschränkung einiges Bedenken wachrufen. War nämlich die „Traditio“ einziger und entscheidender Grund für den Sieg des Klägers gegen den dritten Besitzer, warum sollte sie keine Kraft gegen den Erben haben, zumal da nach Heusler (S. 43) unsere Frage mit dem Einspruchsrechte der nächsten Erben nicht zusammenhängt?

M. E. muss jenes durch Traditio begründete Recht nach moderner Auffassung als dinglich oder vielmehr als Eigenthum bezeichnet werden und war, wenn sonst alle Voraussetzungen der Traditio gegeben waren (s. o. S. 10) und diese auch erhärtet werden konnten, gegen jeden Dritten verfolgbar. Die sofortige Constituirung eines selbständigen Rechtes durch Traditio erweisen unwiderleglich beispielsweise:

Meich. Nr. 367. „Ego Aogo et prolis meus Engilperht tradidimus, ut in evum inconvulsum perduraret . . . . Sed postea nostra fuit petitio et larga pietas praefati

[13]) Beseler I, 25; Brackenhöft a. a. O. 47; Stobbe Jahrb. XII, 161, Brünneck jus ad rem S. 18.

[14]) a. a. O. S. 33.

[15]) Zustimmend: Laband kr. V. Schrft. XV, 390; Haiss S. 50.

episcopi non denegavit, ut ispsam rem nobis habere usque ad obitum licuisset“

Meich. 467. „ . . . Frumuolt cum filio suo tradiderunt ad domum Sctae Mariae eo modo, ut ad die praesente firmiter tenetur ad domum Sct. M. Postea pius Pontifex per misericordiam suam ipsam traditionem eorum in beneficium dedit.

Nach der Traditio erscheint der Bischof als alleinberechtigt und es ist seinerseits guter Wille, den Tradenten den Nutzgenuss zu gewähren[16]).

Auch Redewendungen, wie

trad. Wizzenb. 45 . . . „post discessionem meam ad diem praesentem donatum in perpetuum esse volo“ finden nur durch Annahme eines sofortigen Rechtserwerbes auf Seite des Bedachten ihre Auslegung. Charakteristisch in besonderem Grade ist es ferner, wenn der Tradent oft genug ausdrücklich auf jegliche weitere Veräusserungsbefugniss verzichtet und sein vorbehaltenes Recht als Ususfructus, Beneficium oder Precarium dem Rechte des Bedachten gegenüber gestellt wird.

Schannat 83 . . . „donatum esse volo ea scilicet ratione, ut, dum advivimus, ipsam portionem sub usu beneficiario tantummodo sine deminutione aliqua ipsius monasterii per vestram precariam excolere debeamus.“

Rozière, recueil des formules. 212 „Jure proprieatario trado atque transfundo . . . ea ratione, ut quamdiu advixero sub usu beneficii vestri absque ullo praejudicio vel diminutione predictas res tenere et usurare debeam . . . et post meum discessum . . . rectores ecclesiae absque ullius exspectata traditione vel consignatione judicum tamquam si ad praesens[17]) absque usu nosto eorum fuisset ob-

---

[16]) Vgl. noch Meich. 157, 538; l. Bajuw. I, 1 „Et post haec (traditionem) nullus habeat potestatem nec ipse nec posteri nisi defensor ecclesiae ipsius beneficium praestare voluerit“; ähnlich l. Alam. Hloth. II, 1.

[17]) Weitere Beläge bieten Meich. 141, 154, 492 Schannat 88, 89, 165; Wartmann 388 u. ö. Manchmal begegnet für das vorbehaltene

secuta posessio". Somit wird die Investitur auch in Ansehung der „Vergabungen auf den Todesfall" auf das Gebiet des rein Thatsächlichen zurückgedrängt und ist, wie aus den angeführten Zeugnissen wohl bestimmt hervorgeht, für den Erwerb des dinglichen Rechtes einflusslos. In der That ermächtigt denn auch die Traditio den Bedachten, ohne weiteres die Investitur zu verlangen[18]).

Meich. 661 „Erchanfrid . . . testibus et scriptis superatus confessus est priorem traditionem. Tunc episcopus quaerebat investituram ab eo.

ibid. 510. Iterum tradidit ut firmiorem tenerent roborem ante actas traditiones (sic!) Proinde transmisit episcopus legaliter missum suum, ut vestituram legaliter accepisset (= acciperet).

Wenn wir gemäss den bisherigen Erörterungen annehmen dürfen, dass durch „Traditio" ein selbständiges dingliches Recht übertragen wurde, soll dann das vielleicht zufällige Moment, dass der Traditionsempfänger sich nicht investieren liess, diesen gegen den besitzenden Erben des Tradenten um seine Schenkung bringen? Das scheint nimmermehr wahrscheinlich.

Fassen wir aber die Zeugnisse in's Auge, auf welche Heusler S. 41 f. seine Ansicht mit einigem Grunde zu stützen scheint, so ist zunächst Meichelbeck 345 einer besonderen Beachtung würdig:

„Crimheri partem territorii ad ecclesiam tradidit et cum veracis testibus confirmavit. Sed praeoccupato mortis articulo antequam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territo-

---

Recht des Tradenten der Ausdruck „potestas" z. B. trad. Lunaelacens: Nr. 38 „ea ratione quod in potestate mea sit usque dum de hoc saeculo migraturus sum." Meich. 304, 314. „Potestas" bedeutet m. E. in diesem Zusammenhange so wenig Eigenthum wie das öfter gebrauchte „manus" (Freyberg I N. X), vielmehr etwa „Gewere".

[18]) Beseler I, 27 Note 16 und I, 33; Brünneck jus ad rem S. 19; Meich. 538; Schannat 82; Rozière 212 (oben), 214, 215. vgl. Haiss S. 83 unten.

rio tradito perfecisset. Jam enim post obitum ejus Kerhoh frater ipsius — possidebat . . . . hoc episcopus sciebat et in silentium . . . . Kerh. fideliter vocavit et ammouit, ut ipse inde se legitime emendasset ipseque K.... ita fecit."

Der Bischof, interpretirt Heusler, im Gefühle, dass die Schenkung mangels Investitur nicht rechtsbeständig sei, musste dem Bruder des Verstorbenen gegenüber sich auf das Bitten verlegen, damit dieser „durch Erfüllung der gesetzlichen Form (d. h. der Investitur) die (sonst unvollkommene) Schenkung rechtsgültig mache."

Mir scheint die Urkunde nichts anderes zu besagen, als dass es der Bischof mit K. zuerst in Güte versuchte, diesen aber schliesslich erinnerte, dass ihm gesetzlich die Pflicht obliege, die Schenkung zu vollziehen. Denn die Worte „ut inde legitime se emendasset" können nur von der gesetzlichen Wirkung der seitens Crimheri's gemachten Tradition verstanden werden [19]). K. sollte erfüllen, wozu das Recht und Gesetz ihn verpflichtete, nachdem einmal tradirt war; er sollte den Bischof auch thatsächlich in diejenige Lage versetzen, die er von Rechtswegen beanspruchen konnte. Wenn der Bischof nicht gleich den Rechtsstandpunct hervorkehrt, so erklärt sich dies doch wohl leicht daraus, dass es seinem Amte und seiner Stellung als Donatar mehr entsprach, zuerst einen friedlichen Ausweg zu suchen als sofort sein strenges Recht zu betonen. Indessen bliebe es, wie mir scheint, auch wenn man der Auslegung Heusler's folgte, immerhin noch fraglich, ob nicht auf eine Verletzung seines Einspruchsrechtes jene anfängliche Weigerung des Kerhoh zurückzuführen

---

[19]) Nähme man an, der Bruder des Verstorbenen sei zur Herausgabe des Gutes nicht verpflichtet gewesen, so hätte der Bischof nicht bitten können „ut se legitime emendasset", sondern etwa ut iterum traderet. Vgl. Beseler I, 26 n. 15. Meich. 404 (s. Heusler 42 n. 1) handelt jedenfalls nicht von Geltendmachung einer Schenkung gegen den besitzenden Erben. Im Uebrigen scheint die Inbesitznahme des tradirten „arvum" seitens der Kirche von dem Centenar Engilbert gewaltsam verhindert worden zu sein.

wäre. Bestimmt möchte dies behauptet werden hinsichtlich der gleichfalls von Heusler (42) für sich in Bezug genommenen Ebersberger Tradition.

Oefele script. rer. Boic. II. Cod. trad. N. 17:

. . . . „Eberhard . . . devovit donare . . sed ad voti expletionem assensu fratris nec in hora mortis impetravit“.

Hiermit ist zweifellos auf ein Einspruchsrecht des überlebenden Bruders hingewiesen und daher war dieser in seinem Rechte, wenn er die fragliche Schenkung nicht ausführte.

Ferner verwerthet Heusler für seine Meinung die Thatsache der oftmaligen „iterationes“ und renovationes unserer Vergabungen. Darin liege ein Moment der Unsicherheit, das sehr gegen die Unwiderruflichkeit der „donationes post obitum“ spreche [20]).

Was nun den Grund und Zweck dieser iterationes betrifft, so mögen manche Fälle derselben mit einer Vergrösserung oder Erweiterung des vorbehalten Schenkungsobjektes zusammen gehangen haben, wesshalb wir denn dieselben auch bei Vergabungen eines ganzen Vermögens, wo eine Vermehrung des Besitzstandes leicht denkbar ist, verhältnissmässig oft finden [21]). Ein anderes juristisches Motiv dieser Wiederholungen erklärt vielleicht folgender Gedanke: Waren die Zeugen der ersten Tradition bereits gestorben, so war eine Erneuerung derselben vor andern Zeugen wohl wünschenswerth und diente so der grösseren Beweissicherheit der Vergabung, so dass sich Ausdrücke verstehen wie

Meichelb. 71. „iterare libuit, ut ipsa traditio firmior atque stabilior permaneret.“

ibid. 411 . . . „episcopus gratanter admonuit praecavere de sua traditione quam fecerat antiquis temporibus [22]).“

---

[20]) Heusler Gewere Excurs I S. 472. Damit dass die Erben die Schenkungen nicht zu vollziehen brauchten, fällt für Heusler ihre Unwiderruflichkeit dahin.

[21]) Meich. 154, 405, 439, 553, 556 u. a.

[22]) Vgl. Meich. 328, 510, 537, 332; vgl. auch Haiss a. a. O. S. 31, n. 1.

Hie und da möchte noch der Grund der Wiederholung in der Verletzung von Verwandtenrechten zu suchen sein[23]).

In zahlreichen Fällen aber ist allerdings eine juristische Nothwendigkeit oder Nützlichkeit einer „renovatio traditionis" gar nicht erfindlich; die erste Traditio ist formell und materiell so correct wie die zweite[24]); ja sogar da, wo gleich anfangs der Uebergang des Eigenthums durch Bestellung eines Zinses bestätigt wird, ist eine Schenkungserneuerung nichts Ungewöhnliches[25]). Diese Erscheinung veranlasst Heusler zu der Bemerkung, dass durch jenes Mittel ein „moralischer Druck auf allfällig renitente Erben" ausgeübt wurde; allein ich glaube, man empfängt aus dem Geiste jener Urkunden und jener Zeiten mehr den Eindruck, dass es wirklich oft naives religiöses Bedürfniss des Tradenten war, das Gedächtniss seines gottgefälligen Werkes aufzufrischen, um die Priester oder Bischöfe sich wohl geneigt zu erhalten oder zu machen[26]) und namentlich bei herannahendem Tode sich die Hoffnung auf das verheissene Aequivalent — die ewige Seligkeit — zu stärken.

„Noch weit bestimmter tritt das Unfertige dieser Schenkungen post obitum hervor in den Fällen, wo sie nicht einfach von dem Todesereigniss abhängig gemacht wurden, sondern eine zweite Eventualität in Verbindung gesetzt und combinirt wird." So argumentirt des weiteren Heusler (S. 474).

Damit ist jedoch nichts mehr constatirt als das Vorkommen von bedingten Vergabungen, was durchaus nichts Anomales und Auffälliges hat[27]) und jedenfalls nicht zu Gunsten der Widerruflichkeitstheorie in die Wagschale fällt. Hervorzuheben dürfte sein, dass für Deutschland sich kaum ein

---

[23]) Meich. 410.

[24]) Heusler 472 n. 2; Merkel, Ztsch. f. R.-G. II, 105 ff.

[25]) Meich. 588, 697.

[26]) Auf diesem Gedanken basiren vielleicht manche Renovationen wegen Eintritt eines neuen Bischofes. Vgl. Heusler 473 n. 1; Meich. 445, 291, 596.

[27]) Vgl. Duncker Ges.-E. S. 45.

Fall entdecken lassen wird, wo in damaliger Zeit eine im Krankenbette gemachte Schenkung nach der Intention des Schenkers im Falle seiner Genesung hinfällig sein sollte[28]). In Meich. 206, das hiefür angerufen wird, bedingt sich der Schenkende für den Fall seines Aufkommens blos den lebenslänglichen Nutzgenuss aus; nach seinem (und seines Vaters) Tode soll die Schenkung unwiderruflich auch der Nutzung nach an Freising fallen, während in Wartmann 379 der Tradent im Genesungsfalle den Rückkauf der Schenkungsobjekte um einen bestimmten Preis sich vorbehält.

Am wenigsten beweisen die „Haltlosigkeit und Unsicherheit“ unserer Geschäfte die am Schlusse der Traditionsurkunden ständig wiederkehrenden Verwünschungen und Verfluchungen[29]), die den treffen sollen der „contra traditionem venire temptaverit“, indem diese Formeln auch da gebraucht werden, wo kein Besitz- und Nutzvorbehalt gemacht ist[30]), oder wo durch Einräumung eines Zinses[31]), die der realen Investitur gleich zu erachten ist, die beste Rechtssicherheit der Vergabung gewährleistet war. Ja selbst beim Verkaufe eines Grundstückes, also bei einem entgeltlichen Geschäfte, das gewiss die Erben verpflichtete, sind die gedachten Verwünschungsformeln üblich[32]).

Wenn bei den Vergabungen häufig Verwandte mitwirken, um in die Pflicht der Erfüllung der Schenkuug einzutreten, so darf auch dies keineswegs zu dem Schlusse führen, dass jene widerruflich waren (Heusler 478). Denn die Herbei-

---

[28]) Vgl. Heusler 475. Damit wäre der Gedanke der m. c. donatio und also ein gewichtiges Moment für die Widerruflichkeit der Vergabungen eingeführt. In Italien waren, wie es scheint, solche widerrufliche Geschäfte in Uebung. Dagegen ist das Cap. K. d. G. von 801 (Pertz I, 83) gerichtet.

[29]) L. Alam. Hloth. I, 2 gibt ihnen geradezu eine gesetzliche Sanction.

[30]) z. B. Lacomblet Arch. I, 19.

[31]) Wartmann 84, 380, 393, 469, 702; Lacomblet I, 14 u. ö.

[32]) Lacomblet I, 24; Rozière 272, 279.

ziehung der Verwandten diente möglicher Weise zur Präclusion eines Einspruchsrechtes und als „Salmanen" und „fidejussores" mochten diese wohl eine möglichst dem Sinne des Erblassers entsprechende Ausführung der Vergabungen sichern und verbürgen.

Das Hauptargument und zugleich das rechtliche Motiv, warum eine nicht bis zur Investitur gebrachte Schenkung den Erben nicht gebunden habe, entnimmt Heusler aus Zeugnissen des späteren Mittelalters (Ssp. I, 6 §. 2): „Der Erblasser könne keine Verpflichtung eingehen, die ihn selbst nichts koste, sondern in der Person des Erben zur Erfüllung komme." „Donner et retenir ne vaut."

Diesem Satze in Anwendung auf Immobilien wird jedoch schon dadurch die praktische Spitze abgebrochen, dass die formelle Besitzübertragung (Investitur) vermittelst eines kleinen an den Bedachten zu entrichtenden Zinses der realen gleichgestellt wird[33]). Der Schenker, der unter Entrichtung eines kleinen unbedeutenden Zinses zeitlebens sich die Nutzung reservirt, empfindet thatsächlich die Vergabung nicht, sie kostet ihn soviel wie nichts und doch muss sie auch nach gegnerischem Standpuncte der Erbe wegen des formellen Ueberganges der Gewere anerkennen. Dass aber so gestaltete Vergabungen (mit Zinsengewere) sehr häufig waren, zeigt uns der erste Blick in eine Urkundensammlung[34]). Damit erfährt jenes Prinzip eine so bedeutende Lücke, dass es geradezu, wenn anders begründet, werthlos würde. Es wird sich unten (§. 5) indessen zeigen, dass der aus Ssp. I, 6 §. 2 abgeleitete Satz nur auf Fahrhabe sich bezog.

Indessen soll hiermit keineswegs behauptet werden, dass die Investitur oder die ihr gleich[35]) zu erachtende Constituir-

---

[33]) Auch nach Entgegennahme der sollennen Investitur (Heusler S. 20) wird öfters dem Schenker lebenslänglicher Genuss verwilligt. Meich. 339, 492 u. ö.

[34]) Beispiele: Meich. 588, 631; trad. Wizz. 50; Wartmann 120, 246, 469, 380; Lacomblet I, 181 u. a.

[35]) Laband, Vermögensrechtl. Klagen 160, 162.

ung eines Zinses bei den Vergabungen ganz bedeutungslos gewesen seien. So heisst es beispielsweise Meich. 588.

„Et ut certius ab omnibus credatur, censuit annis singulis . . . reddere denarios duos“.

Auch sonst gewinnen wir den Eindruck, dass Vollzug der Schenkung durch Investitur grössere Sicherheit gewährte [36]). Denn wo der Bischof einen Prozess befürchtete oder gegen mögliche Anfechtungen sich schützen wollte, betrieb er die Ausführung der Investitur noch zu Lebzeiten des Tradenten oder liess sich wenigstens fidejussores vestiturae geben [37]).

Diese grössere Sicherheit, die mit der realen und formalen Besitzeinweisung bezweckt wurde, ist, wie es scheint, so gut als ein Theil der „iterationes“, mit denen überhaupt oft eine Investitur verbunden war [38]), aus prozessualen Gründen zu erklären [39]). Die Gewere nämlich, welche der Bedachte mit der Investitur empfing, sicherte ihm den Beweis der Traditio in einem höheren Grade, indem sie beim Prozesse ihm eine günstigere Stellung verlieh (Haiss 129). Ferner waren an das durch Investitur begründete Verhältniss mit Ablauf einer bestimmten Zeit dieselben Vortheile geknüpft wie an die „rechte Gewere“ der späteren Zeit (Haiss 132 n. 1). Jedenfalls trägt die feierliche Investitur mit ihrer „sessio tridua“ [40]) die eine Seite der rechten Gewere bereits in sich nämlich „die Präclusion entgegenstehender Rechte“,

---

[36]) L. Al. Hloth. I, 1 bestimmt, obwohl sie jedes Widerspruchsrecht gegen eine Schenkung an die Kirche ausschliesst .... Si quis ... post haec traditionem a pastore ecclesiae ad beneficium susceperit, — diebus vitae suae — persolvat censum de illa terra et hoc per epistulam firmitatis fiat, ut post ejus discessum nullus de heredibus contradicat.

[37]) Vgl. Meich. 339, 412 Abs. 3, 605, 661 u. ö.

[38]) Meich. 492, 410, 510.

[39]) s. auch Haiss. S. 127 ff.

[40]) Meich. 423, 456, 467, 512, 412; Wartmann. 49 u. ö. — Ueber ihre Bedeutung vgl. Heusler 26 n 2; Laband Vermögensr. Kl. 243 u. insbes. Haiss S. 57 n. 1.

was prozessualisch als Kehrseite stets einen Beweisvorzug bedingt (Laband Vermögensr. Kl. 323). Dass die Bestellung eines Zinses, als formale Besitzeinweisung gedacht, die stärkste Vermuthung für das Eigenthum des Beschenkten begründet habe, ergibt schon der Umstand, dass auch sonst jährliche Zinsleistung als Anerkennung fremden Eigenthums galt [41]).

Was endlich die Capitularien von 803 und 817 c. 6 (Pertz I, 113 u. I, 211) betrifft, die Heusler (481 f.) für sich noch ins Feld führt, so sind sie m. E. weder für die eine noch für die andere Meinung von erheblicher Beweiskraft. Denn beide suchen zunächst Bestimmungen darüber zu treffen, wie es gehalten werden soll, wenn der Vergabende ausser Landes ist und ein Gut an die Kirche schenken will. Während das erstere diesen Vergabungen „extra comitatum" sich entschieden abhold zeigt (vgl. Heusler 481), verlangt das cap. Lud. Pii in kirchenfreundlichem Sinne für deren Wirksamkeit die erhöhte Beweissicherung der Investitur [42]). Für die „traditio domi" dagegen scheint das cap. von 817 die Investitur sowenig als nothwendiges Requisit vorauszusetzen wie jenes von 803. Denn die „legitima traditio" dort versteht sich recht gut im Sinne der „traditio coram testibus legitimis" des Capit. Karls d. Gr. [43]).

Das Resultat dieser Ausführungen lässt sich dahin zu-

---

[41]) Waitz Verf. Gesch. IV, 153. Stifter und Klöster verliehen häufig ihre Güter gegen Zins zum Nutzgenuss aus.

[42]) Uebereinstimmend Haiss S. 134.

[43]) So auch Haiss a. a. O. S. 15. n. 1. vgl. eod. S. 12 ff. Wie wenig man überhaupt bei Schenkungen damaliger Zeit zur Widerruflichkeit tendirte, erhellt unwiderleglich aus einem Capit. Karls d. G. v. 801, das sich gegen eine bei den Longobarden entgegengesetzte Rechtsübung wendet (Pertz I, 83) .... sed absolute faciat unusquisque quod vellit et noverit penitus interdictum duas de eadem rem facere donationis. Ita tamen ut usumfructum, si voluerit habere, per precariam res traditas usque in tempus diffinitum possidendi sit concessa facultas.

sammenfassen: Die Vergabungen auf den Todesfall, wie sie zu Gunsten der Kirche in der Zeit vom 8.—11. Jahrhundert gleichsam epidemisch auftreten, sind als unwiderrufliche Schenkungen unter Lebenden zu betrachten [44]. Durch den Traditionsvertrag, der eine gewisse Publizität, jedenfalls Anwesenheit mehrerer (gezogener) Zeugen voraussetzt, wird der Bedachte Eigenthümer, gelangt jedoch erst mit dem Tode des Schenkers oder eines bestimmten Dritten [45]) zur thatsächlichen Ausübung und Nutzung seines Rechtes.

§. 4.

c) Vergabungen der Rechtsbücher.

Die Vergabungen an die Kirche treten, wie wir sahen, in der Form eines dinglichen Rechtsgeschäftes auf. Dadurch aber, dass der Tradent die Nutzung seines veräusserten Gutes behält, sich also keine Beschränkung auferlegt, überwälzt er die Last der Freigebigkeit thatsächlich auf seine Erben. Dieser Gedanke ist von den meisten Rechtsbüchern des deutschen M.-A. aufgenommen und nur nicht mehr so ausschliesslich im Interesse der Kirche verwerthet worden. Unter Vorbehalt des Nutzgenusses begibt sich der Schenker seines Eigenthumsrechtes zu Gunsten des Honorirten. Wir werden daher überall die für Immobiliarveräusserungen geltenden Grundsätze auch auf unsere Vergabungen angewendet finden. Diese Grundsätze hatten aber im Gegensatze zum früheren Rechte dadurch eine Modifikation erfahren, dass nunmehr das Beispruchsrecht der nächsten Erben viel entschiedener hervortrat und in Folge der gesteigerten Bedeutung und der anerkannten Vorzüge des Gerichtszeugnisses die „gerichtliche

---

[44]) Vgl. Albrecht Gewere 190, 192: Beseler I, 88; Pauli Abh. a. d. lüb. R. III, 187; Duncker Ges. E. 70; Roth Feudalität 153; Siegel, d. Erbr. 102 f.

[45]) Gerne wurde für die Hinterbliebenen (Frau oder Kinder) noch der usufructus vorbehalten z. B. Wartmann 702, 750; Meich 372, 595 u. ö.

Auflassung“ [1]) der Grundstücke den Boden gewann, ja zur Regel wurde, ohne jedoch allenthalben wie beispielsweise nach sächsischem Recht als absolutes Erforderniss der Eigenthumsübertragung nachweisbar zu sein. Dies soll durch Erläuterung einiger hervorragender Quellenstellen klar werden.

Wenn wir zunächst im sächsischen Quellenkreise, dem massgebendsten und umfangreichsten des mittelalterlichen Rechtslebens, Umschau halten, so ist es vor Allem der vielbesprochene Artikel 30 des zweiten Buches im Sachsenspiegel, der unser Interesse in Anspruch nehmen muss:

„Sve so ime erve [2]) to seget nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getügen, dat dat gelovede vor gericht gestedeget si.“

Der Sinn vorstehenden Artikels geht m. E. wohl dahin: „Wer nach seinem Tode anstatt seinen (rechten gesetzlichen) Erben einem Dritten ein Grundstück zuwenden will, der mag dies vor Gericht „bestätigen“ lassen. Ausserdem hat die Zuwendung keine Gültigkeit.“

Der Gegensatz „nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven“ bezeichnet in allerdings knapper Weise die Intention des „Gelobenden“, dass erst nach seinem Tode ein Anspruch auf Nutzung und Gewere entstehen solle, aber nicht für den Erben „von sibbe halven“, sondern für einen Dritten.

Es fragt sich nun: Welcher Art war das Recht, das jener Dritte durch das „Gelovede vor Gericht“ empfing; war es dinglicher oder obligatorischer Natur? Die Beantwortung

---

[1]) Ueber das Wesen der gerichtl. Auflassung s. Laband Vermögensr. Kl. 236 u. kr. V. S. XV, 408; Heusler S. 69 u. 186.

[2]) Das Wort „erve“ an sich kann anch auf ein ganzes Vermögen sich beziehen. Albrecht S. 188; Beseler I, 132 n 3. Richtiger wird es hier von einem einzelnen Gute verstanden. Denn von einem ganzen Vermögen heisst es in der R. „sin erbe“ oder „all sin erbe“.

dieser Frage wird davon abhängen, ob jenes gerichtlich bestigte „Gelovede“ mit „gerichtlicher Auflassung“ identisch ist oder nicht. Ich glaube, man kann sich nur für die erste Alternative entscheiden d. h. dafür, dass gerichtlich bestätigtes Gelobde gleichbedeutend sei mit gerichtlicher Auflassung als der nach sächsischem Recht für Eigenthumsübertragung ausschliesslich gebotenen Form. Der sicherste Anhalt hiefür liegt darin, dass an einer andern Stelle des Ssp. (I, 9 §. 1) von gerichtlicher Bestätigung eines „Eigengelobdes“ in einer Weise gesprochen wird, die es unzweifelhaft macht, dass hierunter eine gerichtliche Auflassung gemeint sei [3]).

Beachtenswerth in dieser Beziehung ist die Uebereinstimmung der Goslarer Statuten (Göschen p. 26, 33 ff.) „Nen eghen mach men laten ane gerichte: was man aber vor dem rate lovet oder bekent, dat scul men holden.“

Ebenso führen Ausdrücke wie „Gabe in Gehegetem dinge, geben vor gerichte“, die z. B. im Magdeburg-Görlitzer Rechte von 1304 (Gaupp) art. 21 und 34 in Beziehung auf unsere Geschäfte gebraucht werden, nothwendig zur Annahme der gerichtlichen Auflassung als Uebertragungsform bei Vergabungen.

Wenn das Wort „Gelovede“ auf einen Vertrag hinweist, so ist zu erwägen, dass die gerichtliche Auflassung, deren Wesen nach den Neueren allerdings auf einem „Scheinprozesse vor Gericht“ beruhen soll, in ihrem letzten Kerne doch auf einen Vertrag zurückzubringen und im Grunde doch nichts anderes ist als ein über einen Veräusserungsvertrag erholtes Gerichtszeugniss, das definitiv wie ein Urtheil wirkt.

Sei dem aber wie ihm wolle, so viel ist gewiss, dass der Bedachte durch eine Vergabung gleich mit jenem Akte vor Gericht ein dritte Personen ausschliessendes Recht am Grundstücke, das eben als Eigenthum zu charakterisiren ist, empfing. Dies geht klar hervor aus Magd. Görl. R. v. 1304 art. 21: „Gibet der man sinen kindern sin gut bie sieme

---

[3]) Vgl. Albrecht S. 189; Beseler I, 133 n. 4.

libe . . . oder sweme he icht gibet mit erben urlob in gehegetem dinge und gibet her dar nach an deme gute icht, deme die erste gabe gegeben ist, mac iz wol wider reden miht rehde" [4]);

sowie aus dem sächsischen Weichbildrechte (v. Daniels) art. 72: „— deme die erste gave gegeven is, die mach it mit rechte wol weder spreken, wente he des getuge hevet, dat yme die gave von gerichte gestedeget is". Da die Publizität der gerichtlichen Auflassung schon an sich die Einspruchsrechte der Erben berücksichtigte bezw. deren Geltendmachung bei Strafe der Präklusion gebot, so brauchen wir uns nicht zu wundern, dass Ssp. II, 30 des Erbenconsenses nicht ausdrücklich gedenkt, während andere verwandte Rechtsbücher bei Besprechung der Vergabungen denselben stets hervorheben [5]).

Die vorausgehend versuchte Erklärung von Ssp. II, 30, mit welcher im Wesentlichen die neueren Schriftsteller übereinstimmen [6]), ermöglicht ein ungefähres Bild der Vergabungen, wie sie im sächsischen Rechtsgebiete während der Periode der Rechtsbücher üblich waren [7]).

---

[4]) Dass der Geber zeitlebens noch im Besitze des Gutes blieb, ergibt sich aus dem als möglich gedachten Veräusserungsversuche des Gebers sowie daraus, dass nirgends von einer Uebertragung auch der Gewere die Rede ist.

[5]) Gosl. Stat. p. 9, 26 ff.; R. B. nach Dist (Ortloff) I, 20, 3; Eisenach. R. B. I, 33; Purgoldts R. B. II, 27; Magd. Görl. R. 21 u. 34. vgl. Hamb. Stat. v. 1292 art. 25 u. Hamb. Stadtr. v. 1497. K. VIII. (Ausg. v. Lappenberg.)

[6]) Albrecht §. 19; Beseler I, 153; Siegel Deutsch. Erbr. §. 36; Lewis S. 25. Gegen Göschen, Gosl. Stat. S. 151, der unser Geschäft für obligatorisch hält und es gänzlich auf den Erbenconsens stellt s Siegel a. a. O. S. 101.

[7]) Vgl. noch Lüb. R. (Hach) Cod. II art. XLIV und die bei Pauli Abh. aus d. lüb. R. III, 182—185 u. II, 35—39 mitgetheilten Urkunden.

Von Albrecht (S. 207 n. 535) und Agricola [8]) wird für das Magdeburg-sächsische Schöffenrecht eine Umgestaltung des bisher für Immobiliarvergabungen zu verfolgenden Prinzipes behauptet. Diese Umgestaltung soll Hand in Hand gehen mit der Ausbildung der Mobiliarvergabungen (s. u. §. 6). Nach Albrecht fällt dem Bedachten nunmehr „kein sofortiges dingliches Recht, keine Gewere“ zu, oder wie sich Agricola ausdrückt „das Eigenthum geht keineswegs sofort und unbedingt auf den Honorirten über, sondern verbleibt dem Geber bis zu seinem Tode entweder schlechthin oder doch jedenfalls so, dass es unter Umständen als ihm verblieben angesehen werden kann.“ Beide Schriftsteller sehen in dieser Entwicklung der Vergabungen bereits moderne Erbverträge, Erbverträge „neueren Stiles“.

Albrecht folgert diesen Satz, wornach wohlgewonnenes Erbe gleich fahrender Habe ohne gleichzeitige Uebertragung der „Gewere“ (d. h. eines dinglichen Rechtes) vergabt werden konnte, aus einem Magdeburger Sch. U. (M. Fr. bei Behrend I, 12, 3 Abs. 2). Allein dasselbe spricht lediglich den Gedanken aus, dass der Erbenconsens sowohl bei der Vergabung von Fahrhabe — auch wenn der Besitz nicht sofort aus der Hand gegeben ist (s. §. 5) — als auch bei der Vergabung von wohlgewonnenen Immobilien cessire [9]).

Agricola dagegen beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf den bei unsern Vergabungen oft wiederkehrenden Dispositionsvorbehalt des Gebers. Allein dieser Dispositionsvorbehalt, der allerdings den Vergabenden im Eigenthume belässt, macht die Vergabung selbst regelmässig zu einer

---

[8]) Gewere zu rechter Vormundschaft 560 A. 3. Agricola führt Albrecht als Gegner an.

[9]) So auch Beseler I, 144 n. 25. Die Beschränkung des Beispruchsrechtes auf „Erbgut“ ist auch in späteren Rechtsbüchern anerkannt. So Goslarer Stat. p. 26, 37; R. B. nach Dist. I, 20, 5; Purgoldt's R. B. II, 69; Eisenacher R. B. I, 78, 79; vgl. Stobbe d. Pr. R. §. 87 not. 5.

widerruflichen [10]), bringt sie also einer letztwilligen Verfügung nahe, wiewohl nicht geläugnet werden kann, dass, wofern der Erblasser von seinem Widerrufsrechte keinen Gebrauch macht, in der That der Erfolg eines modernen Erbvertrages gegeben war. Diese Möglichkeit freien Widerrufs bei den Vergabungen ist aber, wenn wir sie nicht mit den auch sonst allenthalben in Deutschland damals schon vorkommenden letztwilligen „Geschäften“ in Zusammenhang bringen dürfen, der extremste Ausdruck der Vertagsfreiheit, die überhaupt das spätere sächsische Recht beherrscht und gelegentlich in Wendungen bezeugt ist wie: „— allir undirscheid bricht recht unde macht recht wo mans beweist alzo recht ist“ [11]). — Es möge hier nur angedeutet werden, dass gleich den alten „Traditiones“ unsere Vergabungen im weitesten Masse an Bedingungen geknüpft sein konnten. Wir finden beispielsweise die Vergabung eines ganzen Vermögens an eine Frau unter der Bedingung, dass sie nach dem Tode ihres Mannes nicht mehr heirathe M. Fr. I, 12,6 — Syst. Sch. R. IV, 1, 33 —, oder eine gegenseitige Vergabung unter Ehegatten an den längst lebenden Theil — also unter der suspensiven Bedingung des Ueberlebens — Behrend Sten-

---

[10]) Laband system. Schöffen-Recht IV, 1, 13: „Gebit eyn man in gehegtim dinge synir kinder eyme sinin hof mit allim husrote adir andir erbe — noch syme tode czu tun u. czu lozin, dy wile her abir lebt, daz her selbir domete wil tun u. losin; stirbit abir der man, daz her di gift nicht vorwandilt hat zo ist daz gut des kindes“. — Magdeb. Fr. I, 12, 4 (s. u. S. 30); vgl. Syst. Sch. R. IV, 1, 21; demzufolge muss auch Syst. Sch. R. IV, 1, 22 eine Stelle, die zumeist mit einem modernen universellen Erbvertrag verglichen werden könnte, für eine widerrufliche Verfügung gehalten werden. In M. Fr. II, 2, 12a („Ab eyn man queme in gehegit ding mit syme weibe u. hette ir uffgegebin eyne helffte sines stendis erbis, das her selbir irerbit hette, noch sime tode erblich czu thunde und czu lossene doch der Gabe unschedelich“) u. I, 12, 3 Abs. 1 will der Geber durch seinen Dispositionsvorbehalt sich blos den Nutzgenuss reserviren.

[11]) Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen I. Kap. 153 i. f. S. 288; vgl. Martitz Ehel. Güterr. d. Ssp. S. 249.

daler U.-B. Nr. XV und XX — oder eine Vergabung unter der Bedingung, dass die Tochter des Gebers nicht zu ihren Jahren komme — Syst. Sch. R. IV, 1, 20.

Mit der Zulässigkeit der Bedingungen war das Recht des Honorirten an sich ein beschränktes und von hier aus bis zum Vorbehalt des Widerrufes war für ein frei sich entfaltendes Recht keine allzu grosse Kluft zu überspringen, zumal wenn man bemerkt, dass fraglicher Dispositionsvorbehalt in der Regel nur da, wo er sich am leichtesten begreift, bei den Vergabungen eines ganzen Vermögens oder Vermögenscomplexes zu treffen ist. Diese Frage der inneren Entwicklung des Dispositionsvorbehaltes mag sich verhalten wie sie wolle, für uns ist von erheblicherem Gewichte der Umstand, dass derselbe sich nie von selbst verstand, sondern stets einer ausdrücklichen darauf hinzielenden Bestimmung bedurfte. Fehlte diese, war die Gabe schlechthin „ane undirscheit“ gegeben, so war sie unwiderruflich und unterlag überhaupt der Regel der alten Vergabungen „auf den Todesfall“. Mit dem Tode des Gebers vollzog sich thatsächlich — dem Besitze und der Nutzung nach — der Anfall der Gabe. Regelmässig wird für dieses Verhältniss der Ausdruck „geben noch syme tode“ gebraucht. Sehr belehrend in dieser Beziehung ist Syst. Sch. R. IV, 1, 15.

„Gebit eyn man und vorreicht in gehegetim dinge vor den scheppfin eyme andirn manne eyn erbe noch syme tode ane undirscheit, alzo daz her ym keyne gewalt beheldit an deme erbe czu tun und czu lozin, di wile her lebt, zo mag her di gobe nicht gewandiln noch entpfuren adir untpfremdin deme, dem her di gobe zundir undirscheit noch syme tode gegebin hat“.

Dass Eigenthum aber unmittelbar mit dem Akte vor Gericht überging, dafür bietet den unumstösslichsten Beweis Syst. Sch. R. IV. 1, 17: Zuerst legt dieses Sch. U. die Wirkunng einer Mobiliarvergabung (s. unten §. 6 S. 49) dar und führt dann fort: „Ist abir den vorgenantyn (benumet eygen)

gegeben czu tun und czu lozin noch des mannis tode, do von endorfin ze nicht des mannis schuld geldin[12]).

Hier wird bezüglich der Immobiliarvergabungen klar ausgesprochen, dass deren Rechtswirkung nicht erst mit dem Tode des Gebers (wie bei den Mobiliarvergabungen) sondern mit der gerichtlichen Auflassung beginne, von welchem Zeitpuncte an jede Einwirkung des Erblassers auf das vergabte Gut und insbesondere dessen Belastung mit Schulden unzulässig ist.

Mit dieser Ausführung dürfte auch die Frage der „Transmission" der Vergabungen entschieden sein. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, dass der Geber seine Gabe durch ausdrückliches Gedinge von dem Ueberleben des Honorirten abhängig machen konnte, wie sich dies bei gegenseitigen Vergabungen unter Ehegattten von selbst verstand[13]). Handelte es sich aber um eine Gabe schlechthin, um eine Gabe „ane undirscheit noch dem tode", so vererbte der Honorirte, da sein Recht schon bei des Vergabenden Lebzeit ein gegenwärtiges dingliches war, dasselbe auf seine Erben, ohne Rücksicht darauf, ob er den Geber überlebt oder nicht, d. h.

---

[12]) Vgl. auch Beseler I, 151 n. 43; Lewis a. a. O. 193; M. Fr. II, 2, 12 a, wo die Haftung der Frau, die mit der Hälfte der Immobilien begabt ist, ausgesprochener Massen nur aus ihrer selbständigen Schuldenübernahme sich erklärt. Scharf drückt nach einer andern Richtung den sofortigen Rechtsübergang aus das Glogauer R. B. cap. CXXIX; vgl. noch Blume von Magdeburg (Böhlau) Part. II, 2, 118, 117.

[13]) Stend. U.B. XX; XV. Der Richter fordert in dem letzteren U. nur die der Frau vergabte Immobiliarhälfte, nicht die gleichfalls dieser vergabten 5 Mark, weil er nur diese an die Voraussetzung des Ueberlebens der Frau geknüpft glaubt, während in Wirklichkeit sowohl die Immobiliarhälfte als auch die 5 Mark der Frau für den Fall ihres Ueberlebens zugewendet waren. So versteht das U. auch Behrend Stendaler U.B. S. 74; vgl. aber Martitz, a. a. O. S. 248 n. 20; vgl. noch die Urk. bei Pauli a. a. O. III, 185 — N. St. Buch v. 1378 — und II, 63 — O.St Buch von 1227 und 1285; Martitz S. 248 n. 21.

er transmittirt sein Recht auf jeden Fall[14]). Für diesen Satz stehen zu allem Ueberflusse noch positive Zeugnisse zu Gebote.

Sch. U. bei Gaupp, Schles. Landrecht S. 264.

„Ein Mann hat seiner Frau und seinem Sohne all sein Erbe und Gut „aufgereicht noch seyme tode zu tun und zu lossin.“ Der Sohn starb vor dem Vater und dieser glaubte, dass des Sohnes Theil wieder an ihn (den Vater) zurückfallen sollte. Allein die Schöffen entschieden gegen den Vater[15]).

M. Fr. I, 12, 4.

„Ab eyn man .. syn gut weg gebe vor gehegetem dinge — unde doch der selbin gobe ym dy herschafft behilde zcu syme leibe, stirbet der geber unde dy gobe blibet unwedirrufen, so hat dy gobe crafft unde macht. Stirbit aber der begobete man, is erbit uff synen nehesten.“

Obwohl in dem letzteren U. von einer universellen Vergabung mit vorbehaltenem Widerrufe die Rede ist, lautet die Entscheidung doch dahin, dass, wenn die Gabe unwiderrufen bleibt, der Erbe des begabten (den Geber nicht überlebenden) Mannes an die Reihe kommt[16]). Umsomehr, dürfen wir schliessen, musste dies der Fall sein bei Vergabungen, die nur einzelne Immobilien betrafen und mit keinem Widerrufsvorbehalte verbunden waren.

Somit kommt man auch für das spätere sächsische Recht zu dem Schlusse, dass wenigstens die Singulärvergabungen[17]),

---

[14]) Uebereinstimmend Beseler I, 150, 196; Martitz 248 n. 20; dagegen Agricola S. 566 n. 5.

[15]) Eine andere Erklärung dieses U. bei Agric. 567 n. 5; vgl. noch Sch.U. b. Wasserschleben Kap. 106 S. 92; Sch.U. ibidem Kap. 99b S. 245 dagegen bezieht sich zweifellos auf Farhabe s. u. §. 6 n. 21.

[16]) So interpretiren auch Beseler I, 196; Martitz 248 n. 20; dagegen Albrecht in Richters Jahrb. VI, 327; Agricola 567 n. 5.

[17]) Ueber universelle Vergabungen vgl. Albrecht §. 21; Dieck, Enzycl. B. XL S. 404 ff.; Beseler I, §. 10 und §. 11. Sie konnten jedenfalls schon frühzeitig auch den zukünftigen Erwerb des Vergabenden umfassen. Hierüber s. insbes. Albrecht S. 221 — dagegen Beseler I, 173 f.

insoferne sie keine Dispositions- oder Widerrufs-Clausel enthielten, auf dem alten Prinzipe sofortiger dinglicher Rechtsübertragung fussten.

Es ist nun noch ein Blick zu werfen auf die Vergabungen süddeutscher Rechtsquellen und zu prüfen wie sie mit deren bisher zu bestimmendem Grundcharakter übereinstimmen. Eine Erläuterung des vielbestrittenen Art. 22 des Schwabenspiegels (W) ist zu diesem Behufe vielleicht am geeignetsten.

„Ist daz ein man sinem friunde guot schaffen wil nach sinem tode, wil er ez im sicher machen, er sol im schrift daruber geben als ernach von lipgedinge geschriben stet (mit endehaften isigeln, eyn hantveste und daran eyn isigel eines bischofs oder eynes leyenfürsten oder eines Klosters) oder er sol für seinen rihter faren oder fur sinen herren und den ze geziuge darüber nemen und ander liute di dabi sint. Wil er imz aber gar stäte machen, so seze er im einen zins daruz. da mit hat er die gewer unde mac daz guot niht verliesen mit rehte. Hat er aber erben, die versprechenz ob sie wollen oder sie mugen sich versumen . . . Es mak der man dem diu gabe gegeben ist, verwürken wider jenen der im si da gap — als ein sun sin erbe verwürken mak wider sinen vater. Diu gabe heizet stäte, diu vor dem rihter geschit, diu ist auch stäte, diu mit der schrift geschihet. Diu ist aber diu allerstätest diu mit der gewer geschiht".

In Kürze mögen die hauptsächlichsten Differenzen in Ansehung vorstehender Stelle angedeutet sein.

Während Albrecht[18]) die „Gabe durch Schrift" für einen modernen Erbvertrag hält, in den beiden andern Formen aber ältere durch Auflassung bezw. sofortige Uebertragung eines dinglichen Rechtes vollzogene Vergabungen erblickt, glauben Andere zwei verschiedene Rechtselemente — ein römisches und deutsches — in unserer Stelle unterscheiden zu können. So versteht Beseler (I, 142) die Ausfertigung einer Urkunde

[18]) Gewere S. 207 n. 535 und S. 200 n. 507; vgl. Eichhorn §. 342 not. d.

und die Herbeiziehung des Gerichtes von einem „schriftlichen und gerichtlichen Testamente", dagegen „die Uebertragung mit der Hand des Herrn" und die Constituirung eines Zinses von deutschrechtlichen Vergabungen. Nach Siegel (S. 106 a. a. O.) repräsentiren die beiden ersten Formen: das Aufsetzen einer Urkunde und das Geschäft vor dem Herrn oder Richter — durch römisches Recht in Uebung gekommene Erbverträge, nach Lewis (a. a. O. 32) beziehen sich diese beiden Formen überhaupt nur auf Fahrhabe und sind als sog. durch römisch-rechtlichen Einfluss eingebürgerte letztwillige „Geschäfte" anzusehen, während wiederum die Zinsbestellung sowohl von Siegel, als auch von Lewis auf eine deutschrechtliche Immobiliarvergabung zurückgeführt wird.

Meines Dafürhaltens unterscheidet fraglicher Artikel des Swsp. lediglich zwei Modalitäten bei der Vergabung von Grundstücken und zwar entweder Errichtung einer Urkunde über das Geschäft oder Vornahme desselben vor dem Richter unter Zuziehung von Zeugen. Dass diesen beiden Formen, von denen die letztere wohl einer „gerichtlichen Auflassung" entspricht, gleicher Beweiswerth zugeschrieben wird — „diu gabe heizet stät, diu vor dem rihter geschit, diu ist auch stäte, diu mit der schrift geschihet", erklärt sich wohl daraus, dass der Swsp. und überhaupt süddeutsche Rechtsquellen die Urkunden in ihrer Beweiskraft sehr hoch, ja sogar über den Zeugenbeweis stellen. So sagt Swsp. art. 34 (W), worauf in art. 22 auch verwiesen ist: „Wir sprechen daz brieve besser sind denn geziuge . . . Wan geziuge die sterbent, so beliebent die brieve immer stäte."

Stadtbuch v. Augsburg (Chr. Meyer) art. LXXVIII §. 7 „mak si daz bringen mit handvesten ob si si hat daz sol stäte sin. Hat si der niht so sol si ez bringen selbe sibende[19]) . . .

Wenn wir nun für das deutsche Recht überhaupt die

---

[19]) Vgl. ferner Bayr. Ldr. bei Freyberg a. a. O. IV c. 116, 111, 127; Freisinger Stadtr. bei Freiberg V, 190; Kaiserrecht II, 27; Merkel, Zeitschr. f. R.G. II, 132; Laband kr. V.J.Schr. XV, 409.

Beobachtung machen können, dass die Beweisbarkeit eines Rechtes in der Regel massgebend ist für die Form bei dessen Constituirung[20]), so dürfte klar werden, dass nach jenen Quellen die Eigenthumsübertragung eines Immobiles nicht nothwendiger Weise vor Gericht zu erfolgen brauchte, indem dort das Gerichtszeugniss nicht die ausschliessliche Kraft hatte wie nach sächsischem Rechte; und jene Gleichstellung der „Gabe mit Schrift“ und „der Gabe vor dem Richter“ möchte daher alles Auffallende verlieren.

An die eine wie an die andere Form konnte sich aber noch eine Zinsbestellung anknüpfen; damit empfing der Bedachte die Gewere und für sein Recht die denkbar geschützteste und unanfechtbarste Stellung[21]). Unter diesem prozessualen Gesichtspunkte kann über die Bedeutung der Worte: „diu (gab) ist die allerstätest, die mit der gewer geschit“ kein Zweifel mehr bestehen[22]). Dass unser art. 22 einen sofortigen Rechtsübergang auf den Bedachten voraussetze, ergibt insbesondere auch der Umstand, dass zu einer wirksamen Vergabung gleich wie zu einer Veräusserung ausdrücklicher oder stillschweigender Erbenconsens postulirt wird, während auf den vorbehaltenen Besitz des Gebers der Ausdruck „schaffen nach dem tode“ mit aller Bestimmtheit hinweist[23]). Als Argument gegen das sofortige dingliche Recht des Begabten darf nicht die dem Erblasser möglicher Weise zustehende Veräusserungsbefugniss benützt werden. Denn dieselbe war an die Voraussetzung der höchsten Lebensnoth —

---

[20]) Vgl. Brünneck a. a. O. 18.

[21]) Nach Jahr und Tag bekam der Begabte hiedurch die „rechte Gewere“ und deren Vortheile. Swsp. (Lassb.) 209.

[22]) Dass durch die Steigerung „stäte — allerstätest“ nicht etwa der Gegensatz von Widerruflichkeit und Unwiderruflichkeit gemeint ist, zeigt Kaiserrecht c. 37 unwiderleglich, wo eine widerrufliche Gabe „unstede“ genannt wird; vgl. aber Beseler I, 143.

[23]) Parallellst. in Eisenacher R.B. I, 90 „Est daz eyn man eyme sime frunde gut gebin adir bescheidin wel, das her dez gebruche noch sime tode —.“

Hunger, Frost und Gefängniss — gebunden und dann noch eventuell von richterlicher Zustimmung abhängig. Dieses Abbeugen von dem strengen Rechte genügte sonach lediglich einer Forderung der Billigkeit und Humanität [24]) und findet sich in ähnlicher Weise sehr häufig in deutschen Rechtsquellen [25]). Derselbe Gedanke, dass gegenüber unverschuldeter Armuth an sich feste und wohlbegründete Rechte weichen müssen, begegnet uns übrigens im deutschen Rechte noch in einer andern Richtung. Im Falle echter Noth brauchte nämlich der Erblasser auch die Rechte der nächsten Erben am Erbgute nicht zu berücksichtigen [26]).

Die Bestimmung, dass der Bedachte unter derselben Voraussetzung, unter welcher ein Sohn sein Erbe gegen den Vater verwirkt (Swsp. (L.) Art. 15 vgl. l. Alam. Hloth. c. 35) seiner Gabe verlustig gehen solle, ist gerne auf r. R. zurückgeführt (Beseler I, 143) und daraus sogar der Charakter der Letztwilligkeit für die „Gabe mit Schrift und vor dem Richter" abgeleitet worden. Allein wollte man aus der behaupteten Einwirkung des r. R. diesen Schluss ziehen, so müsste man, da jener Absatz von der Verwirkung des Erbes ohne Restriction spricht, Widerruflichkeit auch für die „Gabe mit der Gewere" annehmen, wogegen man sich jedoch mit Recht allseitig sträubt. M. E. ist auch diese Singularität so gut wie die Veräusserungsbefugniss des Gebers bei ehehafter Noth auf Rechnung eines gewissen billigen Rechtsgefühles zu setzen und vermag das allgemeine Prinzip der sofortigen

---

[24]) Vgl. Albrecht, Gewere S. 200.

[25]) S. o. §. 2 n. 3; Dsp. (Deutschspiegel) c. 25. Lüb. R. Art. 15; Purgoldt R.B. II, 105, 107; Ruppr. R.B. (Maurer) c. 19; Landshuter Statut §. 11 (bei Gengler Stadtrechte S. 239); so noch spät das Freiburger Stadtrecht v. 1520 tr. II t. 7 (fol. 39b).

[26]) Beispielsw. Gosl. Stat. p. 26, 37 f.: „Men ne mach nen ervegut laten ane der erven lof sunder lives not . . . Wel aver de erve ime sine nottorft gheven und sine sculd ghelden, de behalt dat erve; Hamb. Stat. 1292 C. IV; Lüb. R. Cod. III Art. 6; Stobbe, d. Pr.R. §. 87 n. 37.

Rechtsübertragung und der Unwiderruflichkeit nicht umzustossen.

Sowie der Swsp. die Vergabungen normirt, sind sie in gleicher Weise in andern süddeutschen Rechtsbüchern anerkannt und geordnet[27]).

Nach dem Bisherigen stellen wir als Schlusssatz auf: Die deutschrechtlichen Immobiliarvergabungen „auf den Todesfall" gehören dem Gebiete des Sachenrechtes an; der Anfall des Gutes nach dem Tode des Gebers hat seinen Rechtsgrund in einem zu Lebzeiten des Erblassers dem Bedachten übertragenen selbständigem, dinglichem Rechte. Ein unwiderrufliches, auf einem Vertrage beruhendes, auch dem Rechte nach erst mit des Erblassers Tode wirksames Geschäft, dessen Bestand also immer von der Vermögenslage des Nachlasses abhängig gewesen wäre, lässt sich in Bezug auf Immobilien für das deutsche Mittelalter nicht nachweisen.

Indessen soll nicht geläugnet werden, dass im innersten Grunde mit den Vergabungen ein erbrechtlicher Erfolg bezweckt wurde. Hiermit mag es zusammenhängen, dass das Rechtsverhältniss des mit Immobiliargut Begabten manche Berührungspuncte mit dem deutschrechtlichen Erben darbietet. Wie dieser so erhielt auch jener erst mit dem Tode des Erblassers die volle Nutzung und Gewere des Gutes, beide — der Erbe der späteren Zeit freilich nur mehr in beschränktem Masse hinsichtlich des „Erbgutes" — konnten Gutsveräusserungen des Erblassers wirksam entgegentreten, nach dem Swsp. verwirkte der begabte Mann seine Gabe in der gleichen Weise wie der Sohn sein Erbe gegen den Vater. Auch erscheinen die Stellen der Rechtsbücher, welche von den Vergabungen handeln, regelmässig in der Umgebung von erbrechtlichen

---

[27]) Dsp. c. 25; Ruppr. R. B. c. 19; Eisenacher R. B. I, 90; vgl. Kaiserrecht (Endemann) c. 37: Derjenige, der sein „gut nach sine tode gibt" soll es mit des Kaisers Hand geben (d. h. mit Urkunden, die vor dem Kaiser beweiskräftig sind) oder den Begabten sofort in den Nutzen setzen. Ausserdem ist die Gabe widerruflich, „unstede".

Materien[28]). Allein wollte man sich hiedurch zu einer Identifizirung der Stellung des nächsten Erben und des „auf den Todesfall“ Bedachten bestimmen lassen, so ergäbe man sich einem augenscheinlichen Irrthum. Denn massgebend für die Qualification des Rechtes des letzteren ist der Umstand, dass diesem eine Haftungspflicht für Schulden des Erblassers nicht oblag. Freilich für die Zeit und für die Quellen, wo der Erbe mit Immobilien überhaupt nicht zur Deckung der Nachlassschulden herbeigezogen wurde (Ssp. I, 6 §. 2; Görl. Ldr. 46 §. 9), wäre hierauf kein Gewicht zu legen; aber wir finden jenen Unterschied in M. Sch.U.U.[29]) aus einer Zeit hervorgehoben, in welcher bereits unzweifelhaft die weitere Haftungspflicht des Erben auch mit Immobilien fest stand[30]). Es ist demnach das Recht des Bedachten nach der Vermögenslage des Erblassers zur Zeit der Vergabung zu beurtheilen[31]), während das Recht des Erben in seinem ökonomischen Inhalt nach dem Zeitpuncte des Todes des Erblassers zu bemessen ist. Diese wesentliche Verschiedenheit der Stellung beider wird äusserlich dadurch bestätigt, dass der Begabte niemals Erbe genannt wird[32]).

Ohne Zweifel sind Vergabungen dieses Charakters unter Einhaltung der für Immobiliarveräusserungen geltenden Formen noch heutzutage rechtlich denkbar und in den bäuer-

---

[28]) Nichts entscheiden Wendungen wie „tradiderunt — ut post excessum pertineat jure hereditario“ (trad Corb. 399, 382 u. ö.) oder „coram judicio . . . resignavit uxori domum ratione dotalitii hereditarie possidendam“ (Brünner Sch. B.) da dieselben auch bei entgeltlichen Geschäften vorkommen z. B. Lacombl. I, 24.

[29]) Syst. Sch. R. IV, 1, 17 und M Fr. II, 2, 12a, s. o. §. 4 n. 12.

[30]) Sch. U. bei Böhme, Dipl. Beiträge VI, 98, 6 und 132, 2; vgl. Gosl. Stat. 6, 6, Ksrr. II, 87; Swsp. (L.) 5b; vgl. Pauli a. a. O. III, 146.

[31]) Die Vergabung eines ganzen (gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens) bedingte aus der Natur der Sache sich ergebende Modifikationen. Vgl. Beseler I, 196.

[32]) Siegel, a. a. O. §. 35 not. 388; vgl. Sch. U. Böhme a. a. O. VI, 151, 4.

lichen Gutsabtretungen üblich [33]). Wäre der partikul. Erbvertrag mit diesen Geschäften identisch, so könnte dessen gemeinrechtliche Gültigkeit nicht dem leisesten Bedenken unterworfen werden. In der That scheint dies auch der Standpunct von Eichhorn (§. 344 n. c) und Duncker (S. 78) zu sein, indem sie bei ihrem singulären Erbvertrage die zum Erwerbe des Eigenthums nothwendigen Formen verlangen und indem wenigstens der erstere es klar ausspricht, dass der partikuläre Vertragserbe, der „ein sofort wirksames Recht an der Sache“ erhält, für Schulden nur hafte, „soferne sie vor dem Erbvertrage contrahirt sind und das übrige Vermögen nicht hinreicht.“ Allein das Wesen des modernen Erbvertrages überhaupt und auch des partikulären, wenn anders ein solcher begründet werden kann, ist darin zu suchen, dass derselbe ein concretes Recht erst mit dem Tode des Erblassers entstehen lässt und also dessen ökonomischen Inhalt erst mit diesem Zeitpuncte bestimmbar macht.

B. Vergabungen von fahrender Habe.

§. 5.

a) Prinzip des älteren Rechtes.

Der vielfach für das deutsche Sachenrecht im Allgemeinen in Anspruch genommene Grundsatz „der Erblasser könne keine Verpflichtung übernehmen, die ihn selbst nichts koste“ „donner et retenir ne vaut“ hat seine Anwendung lediglich im Bereiche der Fahrhabe. Sowohl Ssp. I, 6 §. 2 worauf man sich für diesen Satz beruft als auch die Glosse zu Ssp. I, 51 §. 2, welche denselben in negativer Richtung so ausdrückt: „Wi sin gut vorgift als he is nicht mer gebruken ne mach, di vorgift nicht dat sin is, mer gift dat siner erve is“, beziehen sich nur auf Fahrhabe. Auch zahlreiche andere Quellen erwähnen des fraglichen Prinzipes ausdrücklich und ausschliesslich in Verbindung mit Mobilien:

---

[33]) Duncker G. E. S. 79.

Bruns Beiträge 183: „de vruwe mach oren kindern geven von erem reden gute — dat en were neyn gave, wen se des weldlich wesen wolte, de wile se levede. Kaiserrecht II, 36 „Der eim sim frunde wil geben sin varende habe — der sal ez uz der hant geben, wil er daz ers veste habe [1]).

Die Stellen, welche man gegen die hier behauptete Einschränkung fraglichen Prinzipes angeführt hat [2]) finden ihre Lösung in der Erwägung, dass nach magdeburgisch-sächsischem Rechte ohne gerichtliche Auflassung weder die Entstehung einer (rechten) Gewere [3]) noch die Uebertragung von Eigenthum möglich war, so insbesondere Böhme, Sch. U. VI, 141: „Was der tode bey seinem lebinden seyns guts seyme gesellen in seine gewere geantwort hat, das mag her behalden, hot abir der tode icht steendis eygens gelassen und farende habe [4]) dye in selbir gewere bestorben ist unvorgebin vor gehegter bank, das gehört seinen nehisten erben [5])“.

In inniger Wechselwirkung mit dem Gedanken, dass der Erblasser über fahrendes Gut nicht lediglich zu Lasten des Erben d. h. ohne ein seinerseitiges persönliches Opfer ver-

---

[1]) Gosl. Stat. 9, 8—10; R. B. nach Dist. I, 20, 4; Eisenacher R. B. I, 35; Erf. Stat. bei Walch verm. Beitr. II, 21; Bamberger Recht (Zoepfl) §. 364. Noch spät findet sich dieser Satz im Freiburger Stadtr. II, 7 fol. 39b; Hadeler Ldgr.-O. t. XII und Wurster R. t. IV §. 1 (Pufendorf obs. app. I.) vgl. Swsp. 23 (L.).

[2]) Heusler 48; Pauli a. a. O. III, 158 hält die Anwendung dieses Satzes nur für partikularrechtlich.

[3]) Laband Vermögensr. Kl. S. 315; Heusler 243.

[4]) Nach magd. sächs. Schöffen R. konnte Fahrhabe auch ohne sofortige Uebertragung der Gewere vor Gericht wirksam vergabt werden s. unten §. 6.

[5]) M. Fr. I, 15, 7; Herford. R. B. Nr. 53, 54 bei Wigand Archiv. II, S. 49, 50. Das Landshuter Statut v. 1423 §. 11 verbietet Geschäfte und Vergabungen auf dem Todbette, gestattet jedoch Vergabungen mit gesundem Leibe unter Einräumung von „rechter Nutz und Gewer“. Hierunter ist wohl nichts anderes als eine Zinsgewere zu verstehen. Denn nur diese Annahme erklärt den dem Geber trotz Gewere des Bedachten noch zugestandenen Nutzgenuss.

fügen dürfe, steht der Satz, dass er sich dessen nur, so lange er einen gewissen Grad körperlicher Kraft besass, durch sofortige Uebertragung der Gewere entäussern konnte[6]).

Der Erblasser war daher nicht in der rechtlichen Lage auf gleiche Weise wie Immobilien so auch Fahrhabe einem Dritten in der Weise zuzuwenden, dass er diesem unter Fortdauer seines Genusses und Besitzes eine definitive Anwartschaft auf das vergabte Gut eröffnete, er musste vielmehr dieses dem zu Bedenkenden sofort aus seiner Hand seinem Besitze und Genusse zu Eigenthum geben. Wollte er dennoch behalten, so war die Gabe nur wirksam, wenn die Erben ihrerseits selbständig sich verpflichteten, sie nach des Erblassers Hinscheiden dem Bedachten zu überlassen[7]).

Die ausgeführte Beschränkung der Mobiliarvergabungen im Gegensatze zu Immobiliarvergabungen ist aber leicht erklärlich. Einerseits eignet sich fahrendes Gut, das schon wegen seiner organischen Beschaffenheit in d. R. mehr vorübergehenden Bestandes ist, wenig zu einer gleichen Behandlung wie Grundstücke. Andrerseits wollte der Erbe gegen masslose Willkür des Erblassers geschützt sein und so lag in jenem Prinzipe, wie es scheint, gleichsam ein Correctiv für den bei Veräusserungen von Mobilien fehlenden Erbenconsens.

Eine scharf gezogene Consequenz hieraus ist das Verbot ehelicher Vergabungen wie es Ssp. I, 31 §. 2 statuirt: „Svenne en

---

[6]) Ssp. I, 51 §. 2, Swsp. (W.) c. 45; Dsp. 71g. Görl. Ldr. 46 §. 6 Stat. Ulcensia (Pufendorf obs I app. S. 240); Salzwedelsches R. v. 1278 (bei Heydemann Elemente der Joachim'schen Const.) Fidicin Berliner Stadtbuch S. 120. Manche Rechte erlauben Vergabungen auf dem Siechbette innerhalb eines gewissen Minimalbetrages. Weichbild §. 81 §. 3; M. Görlitz 24; M. Breslau 1261 §. 18; Syst. Sch. R. IV, 1, 2; Burgdorfer Handfeste v. 1316 art. 53 (Gaupp Stadtr. d. deutschen M. A. S. 124).

[7]) arg. Gosl. Stat. 9, 24. „In suchtbedden mach en nicht vergheven ane erven lof; R. B. n. Dist. I, 20, 4; Salfelder Stat. 36 (Walch Beitr. I, 23); Jura Tremonens. in Dreyers Nebenstunden 420. vgl Albrecht, Gewere 203 n. 518; Agricola 515 n. 30; Beseler I, 250 n. 20 u. 21; aber Martitz 190 n. 25.

man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntskap; darumme ne mach nen wif ireme manne nene gave geven an irme egene, noch an irer varende have, dar se't iren rechten erven mede verne na irme dode; wende die man ne mach an sines wives gude nene andere were gewinnen, wen alse he to dem irsten mit ire untvieng in vormuntskap[8]. Vorliegende Stelle spricht zunächst den Satz aus, dass die Frau ihrem Manne keine fahrende Habe bezw. keine Gerade[9] auf den Todesfall in einer die Erben bindenden und benachtheiligenden Weise zuwenden könne. Dies wird von dem Spiegler damit motivirt, dass für den Mann während bestehender Ehe der Grund seiner Gewere — die „causa possessionis“ möchte man sagen — nicht geändert werden dürfe. Aber m. E. versteckt sich diese Begründung hinter dem höheren Prinzipe, dass ein Gut, das man selbst bis zu seinem Tode geniesse, nimmermehr als vergabt gelten dürfe. War ja doch die Gerade zumeist für das Bedürfniss und die Nutzung der Frau bestimmt und konnte man desshalb in Ansehung ihrer leicht sich dem Gedanken einer gemeinsamen Gewere der Ehegatten zuneigen! Es hätte also, wenn die Frau ihre Gerade vergabte, ihrerseits an einer vollständigen Ledigung der Gewere gefehlt[10]. Aber auch der Mann vermag fahrende Habe nicht wirksam seiner Frau zu schenken. Denn da mit der Ehe seine Gewere an allem Frauengute begründet wird[11], so hätte er diese fortwährend auch noch nach der

[8]) Vgl. Glogauer R. B (Wasserschleben) Kap. 70, 71; Fidicin Berliner Stadtbuch S. 142.

[9]) Dass hier unter Fahrhabe blos die „Gerade“ verstanden sein könne, ergibt sich schon daraus, dass nach dem Tode der Frau deren Erben blos einen Anspruch auf diese dem überlebenden Manne gegenüber hatten. Ssp. III, 76 §. 2. Direkt erweist dies Böhme VI, 113, 4 u. 128, 2; vgl. Albrecht 272; Kraut Vormundschaft S. 433.

[10]) Vgl. Martitz a. a. O. S. 190. — Wenn in vorwürfiger Stelle auch Vergabungen von Immobilien dem Verbote unterstellt werden, so ist dies aus dem vorausgesetzten Mangel des Erbenconsenses zu erklären.

[11]) Die vormundschaftliche Gewere des Mannes ergriff ipso jure

Vergabung und damit muss die Vergabung gemäss unserem Prinzipe unwirksam werden.

Diese Regel nun, dass der Frau von dem Manne über die Zeit der Ehe hinaus keine Zuwendung an Fahrhabe gemacht werden kann, erleidet in der sog. tradirten Morgengabe des sächsischen Landrechtes eine Ausnahme. Klar wird dieses in dem Görlitzer Landrechte c. 45 §. 7 (Homeyer II, 2) hervorgehoben: „Swelich man sin gut einem andirn gibit unde iz doch selbe in seinin werin beheldit — mit der gabe hat er sin gut sinin erbin nicht gevremdit, sundirn aleine seines weibes morgengabe". Diese Morgengabe stellt sich dar als ein Vertrag, wornach der Mann von einem gesetzlich fixirten Complexe[12]) seiner Fahrhabe nach seinem Belieben mehr oder weniger der Frau ohne sofortige Ledigung der Gewere und ohne Erben-Zustimmung[13]) am Morgen nach der Brautnacht schenkt. Allgemein wird dermalen das der Frau hiedurch eingeräumte Recht als Eigenthum bezeichnet[14]). Dieses Eigenthum ist aber in doppelter Weise beschränkt, nämlich sowohl dadurch, dass es bedingt ist von dem Ueberleben der Frau[15]) — im Falle ihres früheren Todes fallen die geschenkten Objekte nicht an ihre Erben, sondern an den Mann zurück Ssp. III 38 §. 3 — als auch dadurch, dass die Morgengabe vermöge der Vormundschaft des Mannes in dessen Gewere verbleibt und seiner Disposition unterliegt[16]). Man möchte demnach die landrechtliche Morgen-

alles Frauengut unabhängig von einer Illation seitens der Frau oder besonderer Besitzergreifung seitens d. Mannes. Denn dieser „nimmt" alles Gut in seine Gewere, nicht er mag nehmen. Vgl. Kraut a. a. O. II, 365 ff.; Bar Beweisurtheil 199; Behrend Stend. Urth. B. 53

[12]) Ueber die Gegenstände der Morgengabe s. Ssp. I, 20 §. 1; R. B. n. Dist. I, 13 u. 14; Purgoldt R. B. III, 6; Martitz 217; Agricola 506, vgl v. Daniels Gl. z. sächs. Weichb. art. XXII.

[13]) s. oben n. 7.

[14]) Martitz 220 n. 19.

[15]) Ueber den tieferen Grund dieser Beschränkung s. Martitz 221, n. 24.

[16]) Martitz 221 n. 21.

gabe in ihrer juristischen Natur für identisch halten mit der später ausgebildeten sog. gelobten Morgengabe (§. 6). Allein entscheidend für ihre rechtliche Verschiedenheit ist der Punct, dass der ersteren eine Schuldenhaftung nach dem Tode des Mannes nicht obliegt[17]. Dadurch gewinnt für mich die Vermuthung an Grund und Halt, dass die Veräusserung der zur Morgengabe ausgesetzten Gegenstände doch wenigstens an die Zustimmung der Frau gebunden sein musste. Diese Vermuthung dürfte in der Analogie anderer Rechtsbücher ihre Bestätigung finden, welche die Veräusserung der der Frau vergabten Fahrhabe an deren Consens knüpfen[18].

Wenn in dieser Richtung ein wesentlicher Unterschied gegenüber späteren Rechtsbildungen begründet ist, so hat doch bereits die landrechtliche Morgengabe die Schranke des alten Rechtes, dass Verfügungen die nur den Erben treffen, unwirksam sein sollen, durchbrochen und von hier aus wucherte der Keim zu weiterer Entwicklung üppig fort.

§. 6.

b) Entwicklung in der Magdeburg-sächsischen Schöffenpraxis.

Im ehelichen Güterrecht lag das Bedürfniss und der Anlass zu Vergabungen auf den Todesfall am nächsten. Wollte ja doch sich gerne die Sorge und Liebe der Gatten über das Leben hinaus erstrecken und wirksam bleiben! Es versteht sich von selbst, dass die stereotype Form der land-

---

[17]) Arg Wasserschl. Kap. 65 d. S. 206; R. B. n. Dist. I, 17, 9; Göschen Gosl. Stat. p. 6, 24; 8, 20—26 u. S. 271 n. 3; vgl. Albrecht n. 791; Agric. 521 n. 47.

[18]) Prager Stadtrecht Art. 40, 111, 147 (Rössler deutsche Rechtsdenkmäler I) fasst die Morgeng. in ähnlicher Weise persönlich wie der Ssp; vgl. Swsp. art. 23 (W); Ruppr. R. B. c. 20; Dsp. c. 23; über die Morgengabe d. lüb. R, die in vielfacher Beziehung mit der tradirten M. d. Ssp. übereinzustimmen scheint, s. Pauli II, 41 u. 73. n. 66.

rechtlichen Morgengabe städtischen Verhältnissen und einem entwickelten Verkehre nicht mehr genügen konnte; alles drängte dazu, die bisherigen engen Formen der Mobiliarvergabungen zu sprengen und das geistig frische und gestaltungsfähige Magdeburgische Schöffenrecht widerstrebte derartigen organischen Weiterbildungen um so weniger, als es ja stets in der lebendigsten Fühlung mit dem treibenden Volksgeiste sich befand. Den ehelichen Vergabungen ward aber insbesondere dadurch ein unbeschränkter Spielraum eröffnet, dass die Möglichkeit eines Sondergutes der Frau im späteren sächsischen Rechte allenthalben zweifellose Anerkenuung gefunden hatte [1]), so dass, während früher die vormundschaftliche Gewalt des Mannes ipso jure alles Frauengut ergriff, diese jetzt nur mehr insoweit begründet war, als seitens der Frau eine Illation stattgefunden hatte. So verlor denn im sächsischen Städterecht der Begriff „Morgengabe“ seine technische Bedeutung und bezeichnete jegliche Zuwendung des Mannes an die Frau. Ja sogar für Vergabung von Immobilien wurde er angewendet [2]). Auch die „gelobte Morgengabe“, worunter in der Wissenschaft eine Art ehelicher Mobiliarvergabungen verstanden wird, die bei Beginn der Ehe seitens des Mannes an die Frau aussergerichtlich erfolgten, darf meiner Ansicht nach keinen Anspruch auf Besonderheiten machen, die sie von sonstigen ehelichen Mobiliarzuwendungen unterschieden.

Der Gegensatz und Fortschritt gegen das frühere Recht zeigt sich nicht blos darin, dass jetzt im weiteren Umfange Vergabungen unter Ehegatten möglich wurden, sondern auch darin, dass zur Wirksamkeit derselben kein sofortiges concretes Recht constituirt werden musste, vielmehr dessen Existenz auf den Todesfall gestellt werden konnte.

---

[1]) Martitz §. 23, §. 24; Behrend Stend. U. B. S. 54 ff. Vgl. Pauli a. a. O. II, §. 12.

[2]) Vgl. Martitz S. 340; Eckhardt Ztschrft. f. d. R. X, 460; Weichbild (v. Daniels) art. 48; Blume von Magdeburg Part. I, 13; Wasserschl. Kap. 153 S. 288.

Als erstes sicheres Zeugniss eines so gestalteten Geschäftes mag art. 123 des von den Magdeburger Schöffen der Stadt Görlitz im J. 1304 mitgetheilten Rechtes angeführt werden [3]). Von da ab bekunden zahlreiche Schöffensprüche eine häufige Uebung derartiger Vergabungen. Was nun deren äussere Form betrifft, so unterlagen sie jederzeit der gerichtlichen Vollziehung [4]) und zwar galt dieses auch für die sog. gelobte Morgengabe als Regel. Bezüglich dieser unterscheidet man zwei Fälle — ein „aussergerichtliches Morgengabegelöbniss“ und eine gerichtliche „Vollführung“ desselben [5]). Das „volvuren in gehegtem dinge“ bedeutet aber nichts anderes als entweder die Sicherung des eheträulichen Anspruches durch Pfand [6]) oder die Ueberlassung der Gabe an die Frau zu frei vererblichem, von Erbschaftsschulden unberührtem Einhandsgut, wodurch das Recht der Frau eben zu einem gegenwärtigen dinglichen wurde. Vollständig klar wird dies beispielsw. durch Syst. Sch. R. IV, 2, 5: „Gelobit ouch eyn man synym wibe gelt vil adir wenig czu morgingabe u. volvurit des nicht in gehegtim dinge, stirbet denne der man u. lesit schulde alzo vil als her hot, man sal syne schult beczalin von syme gute u. di vrauwe hot nicht rechtis an deme gute v. r. w.; hat abir die vrauwe burgin davor, di mag ze manyn“. Wäre, so müssen wir nothwendig folgern, die Gabe vollführt gewesen, so wäre sie von den Erbschaftsschulden unabhängig geblieben. Damit aber ist entschieden auf ein der Frau durch jene „Vollführung“ einge-

---

[3]) „Swas en man sinem wibe gibet an sime gereiden gute, stirbet der man, ist her schuldig, die schuld get zu vorne uz, swas da boben ist, also vil, also der vrowen gegiftet oder gegeben ist, daz nimet die vrowe, daz andere nement die erben.“ Ueber Ssp. III, 74, worin man die erste Spur einer gelobten Morgengabe zu finden glaubte, s. Martitz 192.

[4]) Agricola 571 n. 9; vgl. aber ib. n. 8.

[5]) Agric. 530; Martitz 345.

[6]) Agric. 538 n. 35; Laband Vermögensr. Kl. 397.

räumtes Einhandsgut hingewiesen [7]). So bietet denn dieser eine Fall der gerichtlichen Vollziehung der Morgengabe, wodurch der Frau unbeschränktes und frei vererbliches Eigenthum verliehen wurde, durchaus nichts Anomales dar und braucht in unserem Zusammenhange nicht weiter verfolgt zu werden. Für uns kann es sich also blos um jenes „Morgengabegelöbniss“ handeln und da fragt es sich, ob dasselbe, so wie die herrschende Meinung behauptet [8]), in der Regel aussergerichtlich d. h. den sonstigen ehelichen Mobiliarvergabungen auf den Todesfall gegenüber formell erleichtert war oder ob es mit diesen prinzipiell die Form gerichtlicher Errichtung gemein hatte. Begründeter Zweifel an der Richtigkeit der herrschenden Meinung darf aus dem Glogauer R. B. c. 121 geschöpft werden, das eine nicht gerichtlich bestellte oder gelobte Morgengabe für unwirksam erklärt. M. Fr. I, 9, 5 setzt geradezu eine gerichtlich benannte Morgengabe als das Gewöhnliche, als die Regel voraus. — „Der man gebe [9]) unde benannte der frouwen ire morgengabe recht unde redelich als das gewonlich were. — Hieruf sprechin wir scheppin recht: Dy kinder sullen der frouwen ire morgengabe, dy ir or vater vor gerichte gegeben hat, — volgen laszen“ [10]).

Freilich fehlt es nicht an Beispielen aussergerichtlich gelobter Morgengabe und zum Theil sehen wir diese von den Schöffen auch mit den Chancen eines Privatzeugnisses belegt, indem den Erben das Recht zuerkannt wird, sich von ihrer Verpflichtung zur Leistung der Morgengabe loszuschwö-

---

[7]) Vgl. Syst. Sch. R. IV, 2, 7 u. IV, 2, 6; vgl. Laband. V. Kl. 397 n. 41.

[8]) Agric. 533 n. 19; Martitz 345.

[9]) Der Ausdruck „geben“ ist allgemeiner etwa in der Bedeutung von „schenken“ zu nehmen. Im syst Sch. R. IV, 1, 17 steht „geben“ für „geloben“, wie sich aus dem gleichlautenden Sch. U. b. Böhme VI, 106, 1 ergibt. —

[10]) Vgl. Syst. Sch. R. IV, 2, 4.

ren[11]). Aber diese Consequenz wird für das aussergerichtliche Morgengabeversprechen nicht überall eingehalten[12]). So normirt die Glosse zum sächsischen Weichbild 22 (v. Daniels S. 279, 23) den Beweis eines aussergerichtlichen und gerichtlichen Morgengabegelöbnisses auf gleiche Weise, indem hiernach die Frau ihre Morgengabe „uppen hilgen" durch ihren Eineid und die „Gewere mit getüge"[13]) behält. In ähnlicher Weise regelte bekanntlich der Ssp. I, 20, §. 6 den Beweis der tradirten Morgengabe; wie nahe liegt daher die Vermuthung, dass die Schöffen das Beweisrecht der alten Morgengabe auf die modernen unter dem Namen Morgengabe auftretenden ehelichen Vergabungen anwandten[14]). Mag aber dem sein wie ihm wolle, soviel steht m. E. fest, dass das „Morgengabegelöbniss" trotz seines behaupteten Beweisprivilegiums nach seiner materiellrechtlichen Seite denselben Grundsätzen unterworfen war, welche für die sonstigen ehelichen Mobiliarvergabungen auf den Todesfall galten.

Wenden wir uns zur Darstellung jener Grundsätze, so ist vor allem der Umstand charakteristisch, dass fragliche Vergabungen in Concurrenz mit Nachlassschulden diesen weichen mussten, andrerseits aber vor den Ansprüchen der Erben zum Zuge kamen. M. Görlitz. R. 1304 art. 123.

„Swas en man sinem wibe gibet[15]) — di schult getczu

[11]) Syst. Sch. R. IV, 2, 93; IV, 2, 6; M. Fr. I, 11, 1 Abs. 3, Zusatz zu M. Fr. I, 8, 1 (Behrend S. 229); Böhme VI, 146 Abs. 3, 131 Abs. 2; vgl. Syst. Sch. R. IV, 2, 3a. Mit den Worten „mag abir die frawe nicht volkomen noch beweysen" ist vielleicht ein Losschwören der Erben vorausgesetzt.

[12]) Vgl. Agric. 534 n. 22; Martitz 350 f.

[13]) Vgl. über die Bedeutung dieses Ausdruckes Martitz 221 n. 22.

[14]) Vgl. M. Fr. I, 11, 4 u. M. Sch. U. bei Wendroth diss. de instit. quibusd. jur. dot. saxonico-vratislav. S 32. (Diese Diss. war mir nicht zugänglich, ich citire sie nach Martitz.), welche einen Beweis der Wittwe durch Eineid voraussetzen; s. auch Martitz S. 352 n. 61.

[15]) Vgl. Agric. 576 n. 12; aber auch oben n. 9.

vorne uz, swas da boben is — daz nimet die vrowe; daz andere nement die erben".

Böhme VI, 131, 3: „Ist abir dem vormunde wissentlich, das der kindir vater schuldig blebin ist, dy schulde mus her geldin vor der morgengobe u. er mus ouch der frawen ire morgingabe geldin von dem varndem gute ab is so vil ist" [16]). Das von Martitz S. 353 als widersprechend aufgeführte M. Sch. U. [17]) findet seine Erledigung, wie mir scheint, einfach in dem Hinweise darauf, dass hier der Mann für die Morgengabe sein ganzes Vermögen der Frau verpfändet hat, daraus aber leitet sich das Vorzugsrecht der Frau vor den übrigen Nachlassgläubigern von selbst ab [18]).

Aus der nachgewiesenen Heranziehung des Morgengabeversprechens und überhaupt der ehelichen [19]) Mobiliarvergabungen zur Schuldenhaftung lässt sich der Schluss ziehen, dass sie keineswegs ein sofort wirksames Recht begründeten. Hieraus ergibt sich wieder eine doppelte Folgerung: Dem Schenker muss, insbesondere wenn fungible Sachen Gegen-

---

[16]) Weitere Beiträge bieteu: Böhme VI, 143, 5; Syst. Sch. R. IV, 2, 4, ibid. IV, 2, 5; IV, 1, 30; IV, 17; vgl. Martitz 249 n. 22.

[17]) Bei Wendroth a. a. O. S. 32: „Tarste die fraw D. mit ires eines hant uf den heiligen beteweren u. irhalden, das ir S. 600 Mark groschen zu einer rechten morgengabe oder freulichen gerechtigkeit uf und in alle seine guter farinde unde unfarinde zuvormachen zugesaget und globet habe, denne mag sich die fraw ires zugesagtin ehegeldis vor allen ires mannes gleubiger an allen stehnden eigen und ligenden grunden irholen."

[18]) Ebenso ist zu erklären Wasserschl. Kap. 149 S. 284 f. „die frawe mit ir morgengabe ist nehir vor allen schulden, die ir man uff den gutern gemacht hat nach der morgengabe." Selbstverständlich cessirte die Schuldenhaftung der Gabe (Morgengabe) auch da, wo sie sofort zu Eigenthum — Einhandgut — (der Frau) geleistet war. In diesem Falle war die Gabe auch unabhängig von dem Ueberleben des Honorirten, vgl. Wasserschl. Kap. 152 S. 288; ibid. Kap 99b S. 245; Syst. Sch. R. IV, 2, 5; IV, 2, 7; IV, 1, 18.

[19]) Auch der Mann konnte hiebei der Honorirte sein Syst. Sch R. IV, 1, 30. s. o. n. 16.

stand der Vergabung waren, freie Disposition über diese zugestanden haben, so dass die Erben zur Leistung eines Aequivalentes an den Honorirten verpflichtet waren. Wenn ferner ein festes concretes Recht erst mit dem Tode des Erblassers für den Bedachten entstand, so ist klar, dass letzterer, wenn er vor dem Geber verstarb, sein Recht nicht auf seine Erben transmittirte. Für diesen Satz stehen uns aber ausserdem direkt beweisende Quellenzeugnisse zu Gebote und zwar nicht blos in Ansehung der gelobten Morgengabe[20]), wo die Persönlichkeit des Anspruches durch die Reminiscenz an die altlandrechtliche Morgengabe erklärt werden könnte, sondern auch da, wo der Gedanke an diese nicht vorschwebte. Besonders lehrreich hierüber ist ein Sch. U. b. Wasserschl. Kap. 99b S. 245: „Hatte der man seyner frawen gegeben seynes gutis[21]) noch seyme tode vor gerichte, des gutis hat sie nicht uff ere Kinder geerbit, wenne die gabe was uff sie noch nicht komen.“

Da aber auch Vergabungen zu sofortigem, gegenwärtigen Rechte — zu Einhandsgut — möglich blieben, so mussten dieselben, um die letztgedachten Wirkungen hervorzubringen, auf den Todesfall gestellt sein[22]) und diese Funktion versahen Vertragswendungen, wie „geben nach dem tode“ u. a.

Diese in einigen Hauptzügen charakterisirten Vergabungen auf den Todesfall konnten schon wegen ihrer grösseren

---

[20]) Wasserschl. Kap. 153 S. 288 — Hette abir der man undirschit doran (an der morgengabe) benannt alz noch seynem tode — so storbe die morgengabe mit merem rechte an den man wenne uff der frawen vatir“; Syst. Sch. R. IV, 2, 7: „Nu gelobe abir eyn man sinem wibe gelt vil abir wenig czu gebin czu morgingabe — stirbit di vrauwe, des mannis gelobde ist us, vgl. Gl. z. sächs. Weichb. (v. Daniels) S. 277 Abs. 2; s auch Beseler I, 160 n. 16; Martitz 354 n. 69; Agricola 539 n. 38—40; vgl. noch Böhme VI, 105, 1.

[21]) Dass hierunter Fahrhabe — Geld — zu verstehen sei wird unzweifelhaft durch das im Verlaufe des Sch.U. gebrauchte Wort „beczahlin“, das füglich nur auf Geld bezogen werden kann.

[22]) Stend. U.B. Nr. 15 u. die bei Martitz 248 n. 21 citirten Quellen; vgl. o. n. 18.

Bequemlichkeit, die sie für den Verfügenden boten, nicht auf das enge Gebiet ehelicher Verhältnisse beschränkt bleiben. In der That finden wir, dass nach ähnlichen Normen auch Vergabungen unter Dritten möglich und üblich waren. Syst. Sch. R. IV, 1, 35:

„Gebit eyn man dem andirn in gehegtym dinge czen mark mynnir adir me noch syme tode in syn gut, stirbit her unde blibit andirn lutin schuldic, dy selbin schult lute sullin ere schult czu vor nemyn an des mannis gut". —

ibid. IV, 1, 17 „Gebit (gloubit) eyn man synym wibe adir eyme vremdyn in gehegtim dinge eyn benumpt geld adir ander varnde habe vil adir wenyk noch syme tode czu tun und czu lozin, das sullin ze nemyn. Was der man noch synir gift oberig gelozin hot — das sullin syne erbnamyn nemyn und sullin des toden mannis schult geldin, zo verre alz daz erbe und syne varnde habe wendit. Ist der schult me, wenne des erbis adir der varnden habe ist, zo sullin di, den daz benumpte gelt — adir varnde habe — gegeben was vor irre gift, daz geldin." —

Wie wir aus diesen Sch. U. ersehen, so bestimmte sich auch hier das Recht des Bedachten hinsichtlich seiner Wirksamkeit und seines ökonomischen Umfanges nach dem Zeitpuncte des Todes des Erblassers. Der Honorirte hatte vor den Erbschaftsgläubigern zurückzutreten, während die Erben erst nach ihm ihre Ansprüche geltend machen konnten.

Ob bei Vergabungen auf den Todesfall unter Dritten auch jene Persönlichkeit des Rechtes obwaltete wie bei den ehelichen Zuwendungen — mit a. W., ob das Recht des Bedachten gleichfalls von seinem Ueberleben abhängig war, kann in Ermangelung positiver Zeugnisse nicht so sicher, wie das bei den ehelichen Zuwendungen möglich war, entschieden werden. Indessen beseitigt wohl die Erwägung, dass hier wie dort der Bedachte vor dem Tode des Erblassers kein festes Recht bekam, also auch keines transmittiren konnte, und ferner der Umstand, dass in anderer

Beziehung die Vergabungen unter Dritten den ehelichen sich enge anschliessen und den gleichen Regeln unterliegen wie diese, jedes erhebliche Bedenken in der bezeichneten Richtung.

Was schliesslich die juristische Natur der in Rede stehenden Geschäfte anlangt, so ist dieselbe sehr bestritten, so dass Siegel (S. 111) sich zu der gleichsam verzweifelnden Aeusserung genöthigt sieht, dass auf beiden Seiten Wahrheit liege d. h. sowohl auf Seite derjenigen die ihnen erbrechtlichen als derjenigen die ihnen obligatorischen Charakter zuschreiben.

Für die letztere Auffassung mag, wie dies auch von Mehreren[23]) geschehen, die Thatsache verwerthet werden, dass der Anspruch der bedachten Frau auf ihre Morgengabe des öfteren durch Bürgschaft und Pfandbestellung in der Weise gesichert erscheint, dass derselbe dadurch unabhängig von der möglichen Erschöpfung des Nachlasses durch Schulden gestellt wird[24]). Ueberlebte also die Frau, so konnte sie sich bei Insufficienz des Nachlasses an die Bürgen oder an das Pfand halten und zwar zum vollen Betrage der gelobten Morgengabe; die Frau war dadurch forderungsberechtigt auf das Ganze, während ohne diese Sicherung ihr Recht vielleicht den Erbschaftsgläubigern hätte weichen müssen. Indessen, sieht man hier des näheren zu, so gibt das Vorkommen einer Bürgschaft oder Pfandbestellung neben der sog. gelobten Morgengabe keinen Anhalt für die obligatorische Natur fraglicher Rechtsgeschäfte. Denn hiezu wäre vor allem der Nachweis erforderlich, dass Bürgschaft und Pfand hier accessorischen Charakter haben und daher ein obligatorisches Hauptgeschäft bedingen. Es scheinen aber beide unabhängiger Verpflichtungsgrund zu sein. Dies zeigt sich besonders deutlich bei der Bürgschaft in Verbindung mit einem Morgengabeversprechen. Der Bürge übernimmt nicht nur ein Meh-

---

[23]) Beseler I, 158; Lewis 193; Hartmann 21; Laband V. Kl. 395.

[24]) Syst. Sch. R. IV, 2, 3a; IV, 2, 5; Glosse z. sächs. Weichb. v. Daniels S. 273 Ab. 5 n. a. ibid. S. 274 Abs. 2 und 3, s. noch Beseler I, 158 n. 12 und 13.

reres als der Erbe — der Hauptschuldner —, der blos bis zum Belange des Nachlasses verpflichtet ist, er tritt sogar zu einem relativ nichtigen[25]) Morgengabegelöbniss. Diese Selbständigkeit der Bürgschaft und Verpfändung mochte denn oft genug ihre besondere reale Grundlage haben in dem Einbringen der Frau[26]); denn nur bei Zuwendungen an diese treffen wir solche Formen der Sicherstellung.

Wenn Laband[27]) sich u. a. für die obligatorische Natur des Morgengabegelöbnisses — nur über dieses hat er Anlass sich auszusprechen — auf die prozessualische Geltendmachung desselben beruft, so ist dieser Schluss jedenfalls kein sicherer, da, wie wir ja oben sahen, die Beweisregeln hinsichtlich dieses Institutes durchaus nach keinem einheitlichen Gesichtspunkte geordnet sind.

Dem gegenüber möchte ich den vorwürfigen Mobiliarvergabungen auf den Todesfall, die selbstverständlich unseren modernen Rechtsbegriffen nicht vollständig angepasst werden können, erbrechtliche Natur beilegen[28]), indem ich das entscheidende Hauptgewicht darein setze, dass das Recht des Bedachten nur insoweit wirksam wird, als der Nachlass nicht durch Schulden sich aufzehrt. Mit a. W. heisst dies: der Bedachte steht den Erbschaftsgläubigern nach, nicht ihnen gleich, was allein einem obligatorischen Anspruche gemäss wäre.

Demnach dürfen wir als feststehend annehmen, dass im Umfange des sächsischen Schöffenrechtes eine Singularsuccession v. T. w. in Geld oder andere Farhabe verabredet[29])

---

[25]) Glog. R. B. c. 121.

[26]) Vgl. Agric. 527.

[27]) a. a. O. 398.

[28]) Nach Martitz 349 ist die „gelobte Morgengabe" „kein klares und umgrenztes Rechtsgebilde mehr" und die Mobiliarvergabungen haben einen dinglichen Charakter, (247—249) indem sie ein „jus praesens" an einer Sachgesammtheit verleihen. Im wesentlichen kommt er doch zu dem hier vertretenen Resultate; vgl. insb. S. 248 n. 21; vgl. auch Agric. §. 52 n. 3 und 5.

[29]) Aus der Vertragsmässigkeit folgt die Unwiderruflichkeit. Ein

werden konnte und zwar mit der Wirkung, dass der Anspruch des Honorirten an den reinen, unverschuldeten Nachlass zu richten war.

Während bei den Immobiliarvergabungen der Tod des Gebers nur insofern juristisch von Bedeutung war, als hiermit der Anfall der Nutzung an den Bedachten erfolgte, sind die dargestellten Mobiliarvergabungen eigentliche Geschäfte von T. w., indem ihre Wirksamkeit von dem Ueberleben des Bedachten und von dem Bestande des Nachlasses abhing. Dort erzeugte der Vertrag unmittelbares Eigenthum, hier bewirkte er ein erst mit dem Tode des Erblassers greifbares Recht. Diese Verschiedenheit der Entwicklung ist an sich merkwürdig und auffallend; wenn man aber bedenkt, wie sehr das deutsche Recht zu einer verschiedenartigen Behandlung der Immobilien und Mobilien geneigt war, wenn man ferner ins Auge fasst, dass bei der an sich wandelbaren und dem Verbrauche unterworfenenen Fahrhabe eine einseitige Belastung der Erben sich wohl schwerlich anders erreichen liess als dadurch, dass man dem Geschäfte eine mehr erbrechtliche Gestalt lieh, so lässt sich dieser entgegengesetzte Entwicklungsgang leichter begreifen.

§. 7.

c) Die Ansicht Albrechts über den part. Erbvertrag und deren Begründung.

Albrecht leitet den modernen „Erbvertrag in Betreff einzelner Sachen“ unmittelbar von den vorausgehend geschilderten Vergabungen fahrender Habe ab und hält deren Grundsätze noch heute und zwar auch für Immobilien für anwendbar, insofern „nicht neuere Gesetze zu einer Abweichung

---

Widerrufsrecht, das hie und da auch bei Mobiliarvergabungen (Syst. Sch. R. IV, 1, 21) vorkommt, erfordert jedenfalls ausdrücklichen Vorbehalt, so dass die Unwiderruflichkeit „naturale negotii“ ist; vgl. o. S. 28.

nöthigen". Dabei geht er von der Voraussetzung aus, dass diese Entwicklung der Vergabungen nicht blos auf das sächsische Schöffenrecht zu beschränken sei, sondern gleichzeitig das deutsche Recht überhaupt beherrschte und dass das gleiche Prinzip auch den Immobiliarvergabungen zu Grunde gelegt worden sei.

Indessen ergab sich, was zunächst den letzteren Punct anlangt, schon früher (s. o. §. 4 S. 26 ff.), dass die Voraussetzung Albrechts nicht zutreffe; aber auch rücksichtlich der Fahrhabe lässt sich, wie mir scheint, eine Entwicklung in der behaupteten Ausdehnung nicht vor Reception des r. R. nachweisen.

Albrecht stützt sich hiefür insbesondere auf die allgemeine Uebung sog. Testamente oder Geschäfte im späteren deutschen Mittelalter. Diese Testamente, deren Gegenstand in d. R. Fahrhabe gewesen sei, hätten deutschrechtlichen Ursprung und zwar bildeten die Erbverträge das Mittelglied zwischen diesen letztwilligen Verfügungen und den alten Vergabungen. Denn sobald einmal das deutsche Recht von seinen älteren Grundsätzen abgewichen, seien ihm letztwillige Verfügungen um nichts entfernter gestanden als der Erbvertrag, der ja auch einen Widerrufsvorbehalt aufnehmen konnte[1]).

Allein hiegegen kommt in Betracht, dass zahlreiche Rechte, welche die Geschäfte als letztwillige Verfügungen ausgebildet haben[2]), jenes Mittelglied der Erbverträge nicht kennen. Diese sogenannten Testamente scheinen mir überhaupt nicht deutschrechtlicher Abkunft zu sein. Denn ohne weitere Prüf-

---

[1]) Albrecht, kr. Jahrb. (v. Schneider und Richter) VI, 328 und 329; Gewere 208 f.

[2]) Gosl. Stat. (neue Red.) 9, 14; 122, 31; Hamb. Stat. 1270 (Lappenberg) IV §. 4 u. VI §. 2; v. 1497 K. 1; Lüb. R. Cod. I, XXV; Cod. II, XXXI; Bayr. Landrecht (Freyberg IV) 135; Münchener Stadtrecht 216, 217; Purgoldt R. B. III, 79, 80 vgl. III, 48; Swsp. (L) 5a, 14, 165; Bamberger Recht §§. 361, 362; aber §. 308 s. u. n. 16. Rathswillkür v. Wismar 1323 §. 3 (b. Gengler S. 551).

ung hat es schon die grösste Wahrscheinlichkeit für sich, dass fragliche „Geschäfte" durch die Geistlichen bezw. das römisch-canonische Recht in Uebung kamen [3]); waren sie ja doch als Seelgeräthe zumeist im Interesse der Kirche und fand ihre Anerkennung vermöge der beanspruchten geistlichen Gerichtsbarkeit die kräftigste Stütze! Zudem scheint der Hauptbeweis, den Albrecht für die einheimische Rechtsentwicklung aus M. Fr. I, 11, 3 entnimmt, nicht stichhaltig zu sein. Denn der Mann wollte hier offenbar mit der zweiten (nicht acceptirten) Gabe XL Mark (nach e. a. Lesart V Mark) einen Verzicht seiner Frau auf die erste Gabe LXXX M. (X M.) herbeiführen. (Vgl. Stend. U. B. XI Abs. 2.) Indem die Schöffen der Frau beide Gaben zusprachen, liesen sie sich wohl von einem gewissen Billigkeitsgefühl gegenüber dem beabsichtigten dolus des Mannes leiten [4]). Daher versteht es sich vollkommen, dass die Frau bei der Vertretung ihres Anspruches hervorhebt, sie wäre bei der gerichtlichen Aufrichtung der zweiten Gabe, die sie als Aequivalent für ihre Kinderwart hinstellt, aus Furcht vor ihrem Manne — „vor vorchte mynes mannis" — nicht erschienen, welchem sie hätte hinsichtlich des beanspruchten Verzichtes auf die erste Gabe widersprechen müssen. Der Consens der Frau, der von dieser, aus Furcht die erste Gabe verlieren zu müssen, nicht abgegeben war, wurde also von den Schöffen in Bezug auf die zweite Gabe billigerweise supplirt. So legt in dieser Stelle nichts den Gedanken an eine letztwillige Verfügung nahe und daher darf das letztere Institut überhaupt wohl in keine organische Verbindung mit den Mobiliarvergabungen auf den Todesfall gebracht werden, so dass hiemit auch die von Albrecht aus diesem Gedanken geschöpfte Consequenz dahinfällt.

Würde namentlich in süddeutschen Rechten eine Beziehung zur sächsischen Rechtsentwicklung bestehen, so müsste

---

[3]) Beseler I, §. 14; Siegel §§. 47, 48; Pauli II, 56; Walter d. R. Gesch. II §. 595.

[4]) Vgl. Beseler I, 254.

dies unzweifelhaft in den ehelichen Zuwendungen zunächst hervortreten. Allein in jenem Kreise von Quellen finden wir noch bis ins 15. Jahrh. das alte Prinzip einer sofortigen Rechtsübertragung vorherrschend.

So konnte nach fränkischem Rechte die Frau über ihre Morgengabe, deren Gegenstand bewegliche Sachen (aber auch Grundstücke) waren, schon während der Ehe sowohl unter Lebenden als von T. w. frei verfügen[5]). Unabhängig von ihrem Ueberleben fiel das vergabte Object an ihre Erben. Ebenso nach schwäbisch alemannischem Rechte[6]). Von demselben Grundgedanken ist das bayrische Recht beherrscht, indem der Frau die Veräusserungsbefugniss ihrer Morgengabe und Heimsteuer eingeräumt ist[7]). Nur vergleichsweise wenige Statuten[8]) kennen hier ein durch das Ueberleben der Frau bedingtes Rechtsverhältniss im Sinne der „tradirten Morgengabe" des Ssp.

In einer für uns höchst merkwürdigen Weise spricht aber schon frühzeitig — i. J. 1276 — das Augsburger Stadtbuch, von dem sächsischen Rechte jedenfalls unabhängig[9]) und unbeeinflusst, von vertragsmässigen Zuwendungen an die Frau, die in gleicher Weise, wie die sächsischen Mobiliarvergabungen auf den Todesfall, erbrechtlicher Natur zu sein scheinen.

Augsb. Stadtb. Art. 78 §. 7 „— es enwäre danne als verre, daz ez mit rehten gedingende dahin chomen wäre, da si sich gesämenten mit der e: swaz ir do geheiz-

---

[5]) S. d. Nachweise b. Schröder Gesch. d. ehel. Güterr. II, 2, S. 246, 247.

[6]) S. Schröder a. a. O. II, 1, 29, 36.

[7]) Bayr. Ldr. 135: „Es mag ain jeglich frau — ir morgengab schaffen ainem irem freunt oder durch got — da sol sie weder wirt — noch niemand hindern; ibid 123; Münchener Stadtr. 216, 221; Freys. Stadtr. 193; Ruppr. R. B. 20; vgl. Schröder II, 1, 42—45.

[8]) Schröder II, 1, 36.

[9]) Das Augsburger Stadtb. (Ausg. v. Christian Meyer) hat kein direktes Mutterrecht. Meyer a. a. O. Einl. XXXVI.

zen wart, waz man ir do sins gutes gäben solte, ob si in uberläbte — daz sol stäte sin[10]).

Wenn zwar die allgemeine Haltung dieses Art. es an sich zweifelhaft lässt, ob auf Grund jenes Gedinges der Frau nicht ein obligatorisches[11]) Recht eingeräumt und sie also den Gläubigern des Erblassers gleichgestellt werden wollte, so lässt doch hinwieder die Persönlichkeit ihres Anspruches, d. h. dessen Abhängigkeit von ihrem Ueberleben, auf ein erbrechtliches Geschäft schliessen. Ausserdem ist die Vermuthung nicht zu gewagt, dass die Wahrnehmung kaufmännischer Interessen, die für Augsburg so nahe lag, ein Zurücktreten der Frau hinter die Erbschaftsgläubiger verlangte.

Ein ähnliches Gedinge unter Ehegatten, jedoch mit klarerer Bestimmung hinsichtlich der Schuldenhaftung, enthält das Brünner Schöffen-Buch aus dem Ausgange des 14. Jahrhundert[12]). Dasselbe entbehrt gleich dem Augsburger Stadtrecht jeden unmittelbaren Mutterrechtes[13]), ist aber im Gegensatz zu diesem bereits mit römisch rechtlichen Grundsätzen getränkt, so z. B. hinsichtlich der Lehre von den Testamenten.

Brünner Sch.-B. 198: Nachdem bezüglich der Immobiliarzuwendungen der uns geläufige Satz hervorgehoben wurde, dass eine „hereditas nominata coram judicio publice tradita" nicht für spätere Schulden des Erblassers aufzukommen habe[14]), führt die Stelle in ihrem weiteren Verlaufe aus: —

[10]) ibid. nov. z. Art. 78 §. 6. „Swa sich zwai elute gesament, stirbet der eins — mit welchem gedinge die zesamen komen sind, daz sol stäte sin" vgl. Recht d. Stadt Colmar v. 1293 (Gaupp Stadtr. I, 121) Art. 42. „Unde swas ein burger — mit sinen erben ubereinkomet vor deme schulthesen u. vor deme rate — das sol stete sin".

[11]) vgl. Beseler II, 188.

[12]) Rössler deutsche Rechtsdenkmäler a. Böhmen II.

[13]) Rössler XXXV.

[14]) Dies bestätigt die Nothwendigkeit einer sofortigen R. Uebertragung bei Immobilien auch für das Br. R., wie sie o. §. 4 für das sächs. u. schwäb. R. nachgewiesen wurde.

„si autem vir in genere uxori — dotem promittat „post mortem meam de bonis meis quam relinquero tantam summam habebis“ et — debita contrahat, multum esset absurdum, si dos hujusmodi solutionem talium deberet excludere debitorum; est enim generale in jure quod creditor est heres principalis — quod uxor et heredes succedentes mortuis debita solvant“ [15]).

Diese Entwicklung der genannten Stadtrechte, die mit der magdeburgisch-sächsischen Schöffenpraxis ausserhalb jeden Zusammenhanges zu stehen scheint, ist vor der allgemeinen Reception des r. R. eine nahezu isolirte [16]), erklärt sich aber aus dem auch in anderer Richtung bezeugten Aufschwunge und blühenden, drängenden Handelsverkehre von Augsburg und Brünn, der gegen sofortige Uebergabe von Fahrhabe, zumal von Geld als Mittel einer Zuwendung v. T. w. sich sträuben musste. Als Ersatz bot sich natürlich und wie von selbst ein Vertrag dar, der seine Wirkung aber erst nach dem Tode des Erblassers lediglich für die Erben und vorbehaltlich der Rechte der Gläubiger äussern sollte.

Die Entwicklung der Mobiliarvergabungen auf den Todesfall im sächsischen Recht, die selbständige Ausbildung von Ehe- und Erbgedingen in einzelnen besonders verkehrsreichen Städten Süddeutschlands, berechtigt wohl zu der Behauptung, dass das deutsche Recht von sich heraus nach diesen freieren Formen einer vertragsmässigen Successionsordnung strebte und neigte und mit Albrecht dürfen wir sonach in den geschilderten Rechtsgebilden — vor Reception des

[15]) Die Unwiderruflichkeit dieser Zuwendungen betont ausdrücklich Br. Sch. B. 187. Uebrigens ist nach Brünner R. ein derartiges Versprechen stets an die Voraussetzung der Kinderlosigkeit geknüpft.

[16]) Aus dem beginnenden 15. Jahrh. finden sich Eheberedungen, die zweifelsohne auf die Succession der Ehegatten sich bezogen, anerkannt im Ulmer Statut von 1405 (Jaeger Ulms Verfassung S. 332) im Landshuter Statut §. 10 (Gengler 239); Bamberger R. §. 308. Ich halte nämlich diesen §, den nur der Lorber'sche und Neydecker'sche Cod. enthalten, für einen späteren Zusatz aus d. 15 Jahrh.

r. R. aber allerdings nur innerhalb der im bisherigen gezogenen Grenzen — die ersten Keime und Wurzeln eines partikulären Erbvertrages erblicken. Ja noch mehr, man möchte geneigt sein, das von den Magdeburger Schöffen auch in Einzelheiten näher bestimmte Geschäft — was dessen Wirkung anlangt — geradezu unter die Grundsätze des heutigen Vermächtnissrechtes zu stellen. Hier wie dort erscheinen die Erben mit einer Last beschwert, das Recht des Honorirten weicht hier wie dort den Gläubigern, der Honorirte kommt hier wie dort primär, d. h. vor dem Erben, zum Zuge. —

II. Der partikuläre Erbvertrag nach Reception des römischen Rechtes.

A. Entwicklung bis zum Beginne des 19. Jahrh.

§. 8.

a) In der Gesetzgebung der Partikularrechte.

Wenn auch das eindringende r. R. eine gewaltige Erschütterung in die deutsche Rechtsentwicklung brachte, so wurden davon am wenigsten die deutschrechtlichen Vergabungen getroffen, wie überhaupt das eheliche Güterrecht, dem diese zumeist angehörten, dem fremden Rechte gegenüber vergleichsweise am reinsten seine Selbständigkeit zu behaupten wusste. Im Gegentheile wurden durch das r. R. die Keime und Ansätze zu modernen Erbverträgen mehr gefördert als gehemmt. Denn sein Einfluss brach in Rücksicht auf die Immobiliarzuwendungen die Widerspruchsrechte der Familie und nächsten Erben, und das Prinzip der Uebergabe unter Lebenden und des persönlichen Entsagens, wodurch allein hinsichtlich der Fahrhabe dem Erben präjudicirt werden konnte, mochte um so lieber dem individualistisch angelegten r. R. geopfert werden, als es den Wünschen und Bedürfnissen der Einzelnen doch besser entsprach, einseitig den Erben zu belasten, als selbst mit diesem entbehren zu müssen.

Unterstellen wir nun in besonderem Hinblicke auf den

partik. Erbvertrag einzelne deutsche Stadt- und Landrechte einem prüfenden Blicke, so ergibt sich zunächst, dass schon frühe die vertragsmässige Regelung der ehelichen Successionsverhältnisse sich Geltung verschaffte. Freilich scheint man sich oft genug der Wirkung von Ehe- und Erbgedingen, namentlich wenn sie Immobilien betrafen, nicht klar bewusst gewesen zu sein. Alte Vergabungen — gerichtliche Auflassungen — sind häufig neben diesen Gedingen genannt[1]) und vielleicht wollte diese Auseinanderhaltung die verschiedene Wirkung deutschrechtlicher und römischrechtlicher Verträge andeuten. Jedenfalls verbürgt diese Zusammenstellung der alten Vergabungen und der gedachten Erbgedinge einen gewissen wohl durch das r. R. vermittelten Zusammenhang beider Geschäfte.

Besondere Hervorhebung verdient das Freiburger Stadtrecht von 1520, schon wegen seines Verfassers — Ulricus Zasius — der sichtlich auch in unserem Betreffe von dem Bestreben geleitet ist, deutsches Recht wo möglich mit dem römischen zu assimiliren. In tr. III, 2 (fol. LIV b) wird bestimmt: „Wir lassen ouch zu dem gemeinen pruch nach, das man in eeberedungen von erbfällen wol reden und vorsehung tun mag.“ Ausserhalb der Ehestiftungen sind nach tr. II, 7 „freie Gaben“ von Hand zu Hand sofort zu geben; höchst bedeutsam ist aber hiebei die Modification, dass, wenn Jemand etwas vergaben und das vergabte Gut aber „uss uffrechten und redlichen Gedingen“ zurückbehalten wollte, dies nur mit obrigkeitlicher Bestätigung geschehen und dass dann der Geber im Falle „der Armuth“ die Gabe nicht zu „voll-

---

[1]) Vgl. Stat. der Stadt Möchmühl v. 1467 bei Fischer, Geschichte der deutschen Erbfolge. Urk. B. S. 222; Stat. der Stadt Geithain v. 1553 (bei Walch II, 195); Statut der Stadt Schlaiz von 1625 (Walch VIII S. 112) „Were aber zwischen Mann und Weib eine Ehestiftung vorhanden oder — Testament, Codizill, donationes und Auflassungen oder ander letzter Will — so solls wie billig dabei bleiben, vgl. noch Stat der Stadt Guben 1604 (bei Schott II, 125) art. 2.

strecken“ schuldig sein sollte. Für eine römische Rechtsanschauung konnte dieser letztere Satz [2]) keine andere Bedeutung haben, als dass die Gabe, auch wenn ein Immobile deren Gegenstand war, bei Ueberschuldung des Erblassers ausfiel, also den Gläubigern des Erblassers nicht präjudiziren durfte. Damit war man aber in der That nicht mehr weit entfernt von einem part. Erbvertrage, von einem erst mit des Gebers Tode ökonomisch und rechtlich bestimmbaren Geschäfte, so dass man wohl in diesem Gedanken eine Brücke zwischen den alten Immobiliarvergabungen und dem modernen part. Erbvertrage finden könnte. Bestimmt gemahnt der Vorbehalt von Fahrhabe, der obrigkeitlich zu bestätigen ist, an die Analogie der sächsischen Mobiliarvergabungen auf den Todesfall.

Das Freiburger Stadtrecht vertritt wohl im vollsten Masse die Richtung seiner Zeit. Denn beinahe alle Rechte schon des 16. Jahrh. sprechen mehr oder minder ausführlich von „pacta und Gedinge“ über „erbfälle und succession“ wenigstens unter Ehegatten [3]). Dieser Inhalt der Verträge schliesst jeden Gedanken an eine gegenwärtige sofortige Rechtsübertragung aus. Zwar beschränken einige wenige Partikular-

---

[2]) Vgl. o. §. 4 u. 25.

[3]) Privil. Albert. v. 1500 (bei Auer, Münchener Stadtr. S. 195); Stadtrecht v. Asperg v. 1510 (Fischer a. a. O. S. 156); Stat. der Stadt Greussen v. 1556 (Walch V, 183) „In Ehestiftungen die vom Rathe oder in unserem Ampte . . . aufgerichtet werden, mügen sich beide theil wie eins dem andern im erbe nachvolgen und succediren sol, wol vergleichen. Frankenhauser Stat v. 1558 (Walch I, 286); Stadtr. v. Wimpfen 1544 bestätigt durch Carl V. (v. d. Nahmer Hdb. des rhein. Part. R. III, 1058); Jülich-Berg'sches Ldr. v. 1555 (Maurenbrecher rheinpr. Ldr. I, 227); die erneuerte Nürnberger Ref. 1565 t. XXVIII, 8 (wo dem Manne verboten wird, an seine zweite Frau „durch heyrathgeding, geschefft — oder Uebergab auf den Todesfall mer zu vermachen als ainem kind auss erster Ehe werden mag); churköln. Ldr. VIII § 2 § 3 (Mrbrchr. I, 420); Salm-Dyck'sches Ldr. (ibid. I, 473); Stat. der Stadt Rochlitz (Walch III, 286), der Stadt Teuchel v. 1611 (Walch V, 180) u. a. m.

rechte den Inhalt der Eheverträge und Ehestiftungen auf Aussetzung und Verschreibung einer Widerlegung für das Einbringen der Frau oder auf Bestellung einer „donatio propter nuptias“, wobei dann von Seiten des Mannes entweder auf einseitige Veräusserung des ausgesetzten Gutes verzichtet oder hiefür ein entsprechendes Pfand gegeben wird, so das Solmser Ldr. [4]) von 1571 t. 18, die Neue reformirte Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Tyrol v. 1573 B. III, t. 1 und die alte Frankfurter Reformation von 1509 [5]). Allein indem diese Rechte Erbverträge verbieten, enthalten wenigstens die beiden letztgenannten das entschiedenste Zeugniss für deren gewohnheitsmässige Uebung [6]).

Es fragt sich nunmehr, ob jene „Pacta und Gedinge über Erbfälle und Succession“, wie sie die bisher berührten Rechte ganz allgemein zulassen, ausschliesslich die vertragsmässige Zuwendung einer Universalsuccession im Auge hatten, oder ob sie sich möglicher Weise auch auf Zuwendung einzelner Sachen bezogen. Für die Beantwortung dieser Frage dient als leitender Anhalt die Erwägung, dass in Deutschland die Abstraction einer Universalsuccession im Sinne des r. R. stets im Volke ein mehr oder weniger fremdartiges Element blieb. Man dachte bei erbweiser Zuwendung eher an

---

[4]) v. d. Nahmer I, 45. Insoweit die Eheverträge künftige Erbfälle betreffen, sind sie widerruflich — also pacta mixta.

[5]) Vgl. Nürnb. Ref. v. 1479 XII, 7; Erneuerte Ref. der Stadt Nürnb. XXVIII, 4, 5.

[6]) Orth Anm. über die Ref. der Stadt Frankf. II. Forts. p. 16. , . . „Dieweil aber bisher ein Brutlauff-Brieffen nit allein de dote et donatione propter nuptias Meldung beschehen, Sünder auch von allen Gütern und erbfällen, so von beider Syten herrühren, Pacta und Geding uffgericht sein und aber die Erbfälle nit in Ussgeding oder pacta kommen sollen und auch der freye wille zu testiren den Elüten dadurch benomen wird. So ordnen und wollen wir, dass hinfür solche pacta und Geding in Brutlauff Brieffen sich wyther nicht dann ad dotem et donationem propter nuptias — erstrecken sollen. Ueber die im Text genannte Tyroler Ld. O. vgl. Beseler II, 190.

einen concreten Vermögensbestandtheil als an eine Vermögens-Quote und noch heutzutage bezeichnet ein vulgärer Sprachgebrauch gerne Jeden, der etwas v. T. w. erhält, als Erben [7]). Wir dürfen daher wohl obige Ausdrücke auch von partik. Erbverträgen verstehen, umsomehr als auch das Wort „Successio" sowohl für Universal- als Singularsuccession stehen kann.

Uebrigens constatiren mehrere Partikularrechte ausdrücklich einen Erbvertrag über einzelne Sachen, so dass auf die bislang angeführten indirekten Argumente seines Bestandes verzichtet werden könnte.

So vor allem die Joachim'sche Constitution von 1527 t. 1 §. 4 — bestätigt durch die Const. J. G. von 1594 t. III c. 1 [8]) — „Was in der Ehestiftung von beiderseits freundschaft bedingt, verbrieft und beschlossen, das eins dem andern übergibt nach seinem Tode an Gelt, fahrender Habe oder vortheil an den ligenden Gründen zu voraus zu haben, soll bei macht und krefftig bleiben."

Es bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, dass diese Const. nichts anderes als eine gesetzliche Sanction der Magdeburger Schöffenpraxis ist und zwar auch in Rücksicht auf Immobilien. Denn darauf weist schon die äussere Wortfassung hin. Hiernach lässt sich auch die Wirkung des in vorstehender Bestimmung behandelten Geschäftes bemessen, auf welches nunmehr — abgesehen von dessen Unwiderruflichkeit — im Wesentlichen die römische Vermächtnisslehre umsomehr Anwendung finden musste, als bereits die sächsischen Mobiliarvergabungen deren Aufnahme vorbereitet hatten.

Von späteren Rechten, in denen ein auf Zuwendung einzelner Sachen und Rechte gerichteter Erbvertrag seine zweifellose Beglaubigung findet, sind namentlich hervorzuheben:

---

[7]) Vgl. Schwarze Ztschrft. f. R. Pf u. Verw. im Kgr. Sachsen N. F. I S. 145.

[8]) Heydemann, die Elemente der Joachim'schen Const. 260 u. 263.

Die Nassau Catzenelnbogische Ld. O. v. 1616 Thl. IV. c. 6 §. 2 (v. d. Nahmer I, 268) — „ordnen und wollen wir, dass dem allgemeinen gebrauch (nach) solche Eheberedungen, sofern sie sonsten erbarlich und in Gegenwart beiderseits nächst anverwandter freund oder anderer Biderleuthe — weniger nicht dann Testament oder andere letzte Willen — bestendig und die darin verschaffte güter laut derselben verfallen sein sollen. §. 3 und keinem Theil erlaubt werden, eine solche gedingnuss — ohne sonderliche erhebliche Ursachen, die es seinem Testament oder anderwertlicher Verordnung ausdrücklich einzuverleiben schuldig sein solle, zu widerrufen.“ — Ferner Statut. der Stadt Schlaiz v. 1625 (Walch VIII, 112) — „allein es ist zu wissen, dass der theil, so dem Manne oder Weibe vermöge der Ehestiftung nach gebühret, durch Testament oder andere letzte Willen nicht vermindert werden könne“ [9]).

Besonders klar hält das Chur-Trier'sche Landrecht von 1668 die Möglichkeit der Zuwendung einer Universal- und Singularsuccession in Eheverträgen auseinander.

t. VI §. 2 (v. d. Nahmer II, 616) „In diesen Heirathsnotulen kann paciszirt und disponirt werden, dass das letztlebende Ehegemächt ein gewisses Gut von dem Erstverstor-

[9]) Hier ist die Abänderung eines Erbvertrages durch Codicille — „andere letzte Willen“ — supponirt. Dies lässt auch auf einen Erbvertrag schliessen, dessen Inhalt Zuwendung einer Singularsuccession ist; vgl. „der hl. Reichsstadt Landau Uhralte Gewohnheit in Erbfällen“ (v. d. Nahmer II, 875) §. 4. „Was man — durch dergl. Eheberedungen einhellig verwilliget — dabei hat es seines Verbleibens; dann bedingt Recht bricht Stadtrecht, also — dass eines oder das andere von solcher Eheberedung abzuweichen oder durch eine andere disposition und Vermächtniss — aufzuheben nicht befugt.“ ibid. §. 1: „Eheberedung ist, darin sich neu angehende Eheleute, wie es soll zwischen ihnen und deren Erben auff eines oder des andern Absterben mit der leiblichen Nahrung, Güter und Verlassenschaft gehalten werde, beredet und verglichen“ muss wohl auch von partikulären Zuwendungen verstanden werden, ibid. §. 26.

benen haben soll — oder dasselbige zum Theil oder wenn keine descendentes oder ascendentes mehr von ihnen am Leben, auch ganz erben solle — und kann denselben das Weib oder auch der Mann ohne dess andern Willen — nichts derogiren, es sey dann dass der bereuende Theil darzu erhebliche und in Rechten begründete Ursachen habe.“ —

Unzweifelhaft drückt sich auch das Stat. noviss. Eimbeccense de successionibus conjugum v. 1753 aus: (Pufendorf obs. III app. 415) §. 2 „Wenn aber ein Eherezess zwischen solchen Eheleuten errichtet worden, so soll selbiger allein zur Richtschnur genommen werden und der Ueberlebende sich mit dem, was ihm darinnen vermachet ist, es mag viel oder wenig sein, begnügen lassen, das übrige aber auf die rechtmässigen Erben ab intestato zurückfallen.“ Hiermit ist offenbar mehr auf singuläre als auf universelle Zuwendungen Bezug genommen [10]).

Nirgends sprechen unsere Gesetze genauer von den Regeln, welche im Einzelnen für den Erbvertrag und zumal für den partikulären gelten sollten. Indessen erscheint es mehr als eine blose Vermuthung, dass diese Lücke bei dem letzteren das römische Vermächtnissrecht ergänzte und zu ergänzen berufen war. Nicht zufällig ist es daher, wenn unsere Successionsverträge mit Testamenten und „andern letzten Willen“ — womit selbstverständlich nichts anderes als Vermächtnissverfügungen — Codicille — gemeint sind — in Parallelle gebracht und verglichen werden, z. B. Churpfälzisches Ldr. v. 1610 (v. d. Nahmer I, 495) p. III t. 5: „Eheberedungen, darinnen im Beisein beider Ehegemächt und derselben Freund oder anderer Bider-Leuten . . . ihrer selbst — Succession — Verordnung beschehen, sollen ob sie schon

---

[10]) Das Blankenheimer Ldr. v. 1768 (bei Maurenbr. II, 324 u. Kamptz, preuss. Prov.-R. III, 542) spricht geradezu von unwiderruflichen Ehevermächtnissen. T. V §. 3. In diesen Ehepakten ist den angehenden Eheleuten zugelassen — über alle jetzigen und künftigen Güter zu verordnen; alle solche Vermächtnisse — sollen gültig und unwiderruflich sein.

nicht auf Mass und Form wie oben (wo von der Form der Testamente gehandelt wird) auffgericht, dannoch ihre Kraft und Wirkung als andere Testament und letzte Willen haben, es wäre dann, dass sie mit beider Eheleut Wissen und Willen geändert wären".

Der Erbvertrag tritt mehr und mehr als selbständiger, die testamentarische und Intestat-Erbfolge ausschliessender Delationsgrund [11]) auf und mit der klaren Erkenntniss, dass derselbe auch eine Singularsuccession begründen könne, bot sich für diese die Anwendung der Vermächtnissgrundsätze von selbst dar. Dabei betonen, wie wir sehen konnten, nahezu alle Rechte die Unwiderruflichkeit des Erbvertrages im Gegensatze zu den Testamenten und Vermächtnissen.

Bis in die Mitte des 18. Jahrh. erscheint der Erbvertrag in deutschen Partikularrechten ausschliesslich auf das eheliche Güterrecht beschränkt und es muss zugegeben werden, dass innerhalb dieser Grenze seine Entwicklung wohl am leichtesten sich versteht; allein war er auf diesem Gebiete einmal anerkannt, so bestand kein juristischer Grund gegen dessen Hinaustreten auch in andere Lebensbeziehungen. Dies

---

[11]) Stadtr. v. Wimpfen: „Kämen zwei Menschen mit etwas — Gedingen ehlich zusammen oder machten einhelliglichen Uebergaben und Testament oder letzten Willen, denen soll diese — Ordnung nit bindlich sein"; churtrier'sches Ldr. VI, §. 1: „Weilen zwischen angehenden Eheleuten gemeiniglich abgeredt, auch darüber Heirathbriefe auffgerichtet werden, was der Ueberlebende von des Abgestorbenen Gut haben soll, als ist bei deren Succession zuvordertst zu beobachten, ob dergl. Eheberedung keine vorhanden ist"; Statut der Stadt Speier v. 1667 (v. d. Nahmer II, 1241 „Wann Eheleute ohne Eheberedung oder letzten Willen von einander scheiden" — tritt eheliche Intestaterbfolge ein; Justizpuncte der Stadt Wesel 1683 (Kamptz III, 76); Jülich-Berg'sche Reformation v. 1696 (Kamptz III, 119; Gräflich. Leiningen-Grünstadt'sche Successions-O. 1726 (v. d. Nahmer I. 839) t. IV §. 1 „Wann durch Eheberedung oder letzte Willensordnung ein anderes nicht bestimmt ist, so erben in dieser Grafschaft Eheleute eines das andere nicht" u. a.

sah die Theorie wohl ein [12]) und nur selten hat sie ihn, wenn sie anders seine Rechtsbeständigkeit vertheidigte, in dieser Weise eingeengt. Ueber fragliche Schranke haben sich denn auch in der letzten Hälfte des vorigen Jahrhunderts zwei der bedeutensten und einflussreichsten Partikularrechte hinweggesetzt, nämlich das bayrische und preussische Landrecht, indem sie den Erbvertrag ganz allgemein als selbständigen Delationsgrund zulassen.

Was die Stellung dieser beiden Rechte zum partikulären Erbvertrage betrifft, so erklären sie ausdrücklich denselben für gültig und dies zwar als etwas ganz Selbstverständliches.

So verordnet Cod. Max. Bav. civ. Thl. III c. 11 §. 1 n. 6 „Mögen dergleichen Pakten nicht nur über die ganze Erbschaft, sondern auch über einen Theil derselben und nur desto mehr über ein gewisses Stück gemacht werden.“

Dem Verfasser des Gesetzbuches, der gemäss der alten Tradition der Doktrin sich mehr dem partikulären als universellen Erbvertrage zuneigte, schwebte als des ersteren hauptsächlichster Gegenstand eine körperliche Sache vor. Dies zeigt sich auch in seinen Anmerkungen zum bayr. Ldr. (6 a zu Ldr. III, 11, 1), wo er dem part. Vertragserben ein „jus reale“ und sogar die Vindikationsklage im Falle einer Veräusserung der Sache Seitens des Erblassers zuschreibt, indem er von der ausgesprochenen Ansicht ausgeht, dass durch Vertrag Eigenthum auch an einer beweglichen Sache übergehe. Wenn zwar also nach Kreittmayr der part. Erbvertrag zu Lebzeit des Erblassers diese dingliche Wirkung äussert, so erhält derselbe doch nach dem Tode des Honoranten insofern eine andere Gestalt, als sein Bestand von der Solvenz des Nachlasses abhängt. Denn der Bedachte kommt erst „deducto aere alieno“ zur Befriedigung. Dadurch wird aber, wie

---

[12]) Schilter ex ad Pand. ad t. D. 2, 14 §. 38 „pacta dotalia quotidie de successione ineuntur — nec est quod dicas, hoc in pactis dotalibus esse quod ad alia pacta extendi non debeat. Nullum quippe videmus discrimen; s. auch Hartman E. V. S. 27.

mir scheint, das Geschäft hinwiederum zu einem solchen v. T. w.[13]).

Klar und jedenfalls klarer als die gleichzeitige Theorie fasst das preussische Landrecht den part. Erbvertrag auf, indem es auf ihn, soweit dies mit seiner Unwiderruflichkeit vereinbar, die Legatsgrundsätze anwendet[14]).

A. L. R. I, 12 §. 620. „Nur solche Sachen und Rechte, worüber Jemand durch letzten Willen zu verfügen berechtigt ist, kann er Andern durch Erbverträge zuwenden“. A. L. R. II, 1 §§. 252, 254: „Der Theil des Vermögens, welchen die Ehefrau dem Manne auf den Todesfall durch Vertrag aussetzt, heisst das Ehevermächtniss“. „Ist dem Manne eine bestimmte Sache oder Summe zum Ehevermächtniss beschieden, so wird er in Beziehung auf die Erben der Frau als Legatarius angesehen“[15]).

Nicht willkürlich, sondern im Anschlusse an wirkliche und lebendige Verhältnisse ordnete so das pr. Ldr. unser Institut und brachte für dasselbe bewusst wohl zuerst die Bezeichnung „Vermächtnissvertrag“ auf. —

Nach der bis hieher geführten Darstellung deutscher Parti-

---

[13]) Ueber die chursächs. Dezision v. 1746 vgl. Schwarze a. a. O. S. 146 u. Gottschalk ibid. S. 306. Letzterer hält im Gegensatze zu Schwarze auf Grund jener Dezision mit Recht den part. Erbvertr. für zulässig. Die Dezision legt aber auch dessen dingliche Construction nahe.

[14]) Koch pr. Erbrecht §. 76 S. 823 n. 16; Gruchot pr. Erbr. II, 340; Förster pr. Pr. R. IV, S. 46 n. 75.

[15]) Wenigstens in einer Beziehung lässt auch das österreich. Gesetzbuch, das, wie der Code civile, Erbverträge wieder in das eheliche Güterrecht zurückdrängt, einen part. Erb- oder Vermächtniss-Vertrag zu. Nach §. 1255 kann nämlich ein Ehegatte dem andern die Fruchtniessung seines Vermögens oder eines einzelnen Gutes (Grundstückes) zuwenden. Darin erblickt man mit Recht einen part. Erbvertrag vgl. Winiwarter in Wagners Ztschrft. für österr. R. Gelehrsamkeit. Jahrg. 1825 Nr. XXII; Arndts in Haimerl's öst. V. Schr. B. VII, 290. Ueber einen part. Erbv. des franz R. s. Arntz, Cours de droit civile I, 2281 u. Code civ. art. 1082 u. 1083.

kularrechte folgere ich also: Wenn es wahr ist, dass die Gesetze einem Bedürfnisse des Volkes entspringen — oft genug wird gerade in unserer Materie sich auf den „gemeinen Brauch“ bezogen und dieser als Grund der gesetzlichen Regelung angegeben — wenn es Beruf und Aufgabe der Gesetze ist und von jeher war, die gleichsam wild und ungebändigt wachsenden Pflanzen der Rechtsübung zu veredeln und in feste Formen zu bringen, so liegt in der gesetzlichen Anerkennung des part. Erbvertrages in den grösseren Rechtsgebieten Deutschlands ein gewichtiger Beweis für dessen in der Uebung allerorts begründeten Bestand.

§. 9.

b) In Literatur und Praxis.

Schon die italienischen Juristen kamen gelegentlich in ihren Consilien auf ein „pactum de succedendo in rebus particularibus“ zu sprechen und zwar in d. R. anlässlich von Fällen, wo wir eher geneigt wären, vertragsmässige Familienfideicommisse anzunehmen. Man suchte ein derartiges „pactum“ dem r. R. gegenüber auf jede mögliche Weise zu rechtfertigen, da man sich nicht verhehlte, dass im Grunde genommen ein Uebereinkommen unter Familienangehörigen derart, dass ein bestimmtes Gut beispielsweile nur im Mannesstamme sich vererbe, doch in einem gewissen weiteren Sinne als Erbvertrag [1]) sich charakterisire und desswegen unter das Verbot des r. R. (l. 5 Cod. 5, 14; l. 4 Cod. 8, 39; l. 15 Cod. 2, 3) falle. Als Hauptgrund für die Gültigkeit des „pactum de succedendo in rebus partic.“ im Gegensatz zum ungültigen pactum de universali successione erscheint meistens der Gedanke, dass jenes die Testirfreiheit nicht auf-

[1]) Das pactum de succedendo in rebus part. begreift offenbar ganz allgemein jeden in Ansehung eines einzelnen Gutes die Nachfolge regelnden Vertrag und daher auch das in Italien anscheinend häufige vertragsmässige Familienfideicommiss. Die berichteten Beispiele streifen indessen auch manchmal nahe an unser modernes Institut hin.

hebe, auf die zwar im Einzelnen, nicht aber im Ganzen verzichtet werden könne[2]). In naiv scholastischer Weise wird auch geltend gemacht, dass die l. 15 Cod. de pact. 2, 3 nur Verträge, die eine Universalsuccession betreffen, verbiete und daher das pactum super certis bonis, da ausserhalb des Verbotes liegend, gestattet sei (Beroius II, 84 n. 34). Thesaurus Pedemontanus (†. 1590) dagegen beruft sich bereits auf eine constante Gerichtspraxis für das pactum de rebus particularibus, während er einen universellen Erbvertrag, wenn gegenseitig und eidlich bekräftigt, nur „in vim ultimae voluntatis" (l. 19 Cod. 2, 3) aufrecht erhält (dec. 225).

Theils im Anschlusse an die italienische Schule, theils im Hinblick auf deutsche Rechtsgepflogenheiten erachten die deutschen Juristen in ihren Consilien und Responsen „pacta de succedendo in rebus particularibus" — worunter nunmehr des öfteren gerade unsere part. Erbverträge begriffen werden — für begründet, dagegen bekämpfen sie prinzipiell wenigstens für die frühere Zeit einen das ganze Vermögen umfassenden Erbvertrag, den sie zuerst nur in einzelnen Anwendungen durch sophistische Hinterthüren einlassen[3]).

Ulricus Zasius, der unter den Vertretern unserer Literatur zuerst genannt werden muss, erkennt aquisitive Erbverträge wenigstens in einer Richtung an, nämlich in Ehe-

---

[2]) Jason Maynus cons. II, 211 n. 8, 233 n. 20; III, 17 n. 13; 60; Decius Mediol. 30; Beroius II, 157 n. 13; Cacheran. dec. 100 bemerkt, dass die Testirfreiheit deshalb nicht aufgehoben werde, weil durch fraglichen Vertrag das Eigenthum nicht übertragen werde und daher der Erblasser über das Eigenthum immer noch testiren könne, wenn gleich ohne Erfolg, da der Erbe gehalten wäre, die res in pactum deducta vertragsgemäss zu restituiren. Daher wird auch eine donatio (praesentium et futurorum) bonorum für rechtsbeständig gehalten, wenn man sich nur eine Quantität zur Verfügung vorbehält.

[3]) Z. B. Ulr. Zasius resp. et cons. II, 1; Gaill pr. obs. II, 127 lässt Erbverträge ganz allgemein unter Adeligen zu — „in principibus et illustribus personis omnis sinistra praesumptio vel suspicio captandae mortis cessat" vgl. Beseler II, 131.

verträgen, „wenn per occasionem et non principaliter de successione aquirenda disponitur“ [4]) und er hat unzweifelhaft partikuläre Zuwendungen der Ehegatten unter einander und an Dritte im Auge, wenn er sagt: „Pacta dotalia, in quibus principaliter continentur dos mulieris et donatio propter nuptias mariti, consequenter etiam continent de consuetudine Germanorum, licet contra jus, multa pacta, ut, si alterutra pars moriatur, quid detur familiae servis et quo devolvantur haec vel alia bona et multa alia id genus“ [5]). Uebrigens muss Zasius wider seinen Willen das häufige Vorkommen von Successionsverträgen in Deutschland schon für die damalige Zeit constatiren [6]).

Ein anderes Zeugniss, gleichfalls dem Beginne des 16. Jahrhunderts angehörig, bietet uns Riederer in seinem „Spiegel der wahren Rhetorik“ [7]). Dasselbe ist für uns desshalb von hohem Werthe, weil es anscheinend von einem Laien, jedenfalls von keinem Romanisten [8]) herstammend, in ähnlicher Weise wie die sächsischen Mobiliarvergabungen und die Vergabungen des Freiburger Stadtrechtes (s. o. S. 59 f.) auf einen Zusammenhang des part. Erbvertrages mit den alten Vergabungen hinweist. Riederer unterscheidet nämlich zwischen widerruflichen „Gemechten“ [9]) und unwiderruflichen Ver-

---

[4]) Vgl. Glosse ad l. Si quis servum 23 D. A. E. V; vgl. aber sein Freiburger Stadtrecht o. S. 59; über sein System vgl. überhaupt Beseler II, 126 ff.

[5]) Ulr. Zasius in Dig. nov. de re judic. L. Saepe 63 n. 41.

[6]) S. die Beläge hiefür bei Beseler II, 127 n. 16.

[7]) Fol. 130b u. 131; Walter (Deutsche R. Gesch.) hat darauf zuerst aufmerksam gemacht. (II §. 593).

[8]) — „wiewohl myn ampt keins kanonisten noch legisten statt harinn vahet“. —

[9]) D. i. eine „gab nach des bescheidnen tod von synem erben bezalt zu werden, verlassen“. Die Widerruflichkeit ergibt sich aus der Vergleichung unmittelbar folgender Formulare a. a. O. fol. 131 u. 132, (wo ein „Gemecht“ geradezu als letzter Wille bezeichnet wird) mit fol. 129b.

gabungen Todes halber. Letztere aber sind nicht blos dann gültig, wenn sofort „frei von der Hand“ gegeben wird, wie irrthümlicher Weise „etliche mannen, so gericht und rat beisitzen, leyesch und rechtlicher billicheit nit wohl underwyset synt“, glauben, sondern auch, wenn mit solchen „fürworten hingegeben wird, dass die Gabe erst mit dem Tode des Gebers „krafft habe“. Auch diese Art von Vergabungen sollen „krefftig gehalten werden“, (also unwiderruflich sein), sofern nicht zum Nachtheil „zu untreuen und verlust“ der (Erbschafts-) Gläubiger noch „den natürlichen erben zu schwerem Abbruch“ verfügt ist[10]).

Wer möchte hierin nicht einen Anklang finden an alte deutschrechtliche Sätze, nicht erinnert werden an die Entwicklung der Mobiliarvergabungen im sächsischen Rechte, so dass fest und fester die Behauptung sich begründet, das deutsche Recht habe in sich bereits die Keime zumal eines part. Erbvertrages geborgen, es habe aus sich heraus nach dessen Formen für eine Zuwendung von T. w. gestrebt. Dieses innere Entwicklungsverhältniss ignoriren die römisch gebildeten Juristen vollständig, verschliessen aber keineswegs der verbreiteten Gewohnheit, Successionsverträge abzuschliessen, ihr Auge, für deren Gültigkeit sie aber den Massstab des r. R. anlegen. Dabei kam immer der part. Erbvertrag besser hinweg als der universelle.

So hält Gaill, ein hervorragender Praktiker der zweiten Hälfte des 16. Jahrh. († 1587), noch an dem Satze fest: „pactis hereditatem dari non posse“[11]). Nach seiner Auffas-

---

[10]) Für das eheliche Gütererbrecht statuirt Riederer die vollste Vertragsfreiheit. Er theilt das Formular einer Eheberedung mit (fol. 103), worin die „Erbfäll“ nach einem beliebigen Stadt- oder Landrecht beispielsweise „nach der statt Freyburg recht herkhomen und gewonheit“ vereinbart werden.

[11]) Gaill pract. obs. II, 126; die „donationes und pacta reciproca“, wie sie nach seinem Zeugnisse tagtäglich in Eheverträgen vorkamen, sind ihm (unter Hinweis auf l. unic. Cod ut act. et ab herede et in hered. et contra 4, 11) Geschäfte obligatorischer Natur.

sung sind daher die Verträge ungültig, welche die „successio“ als solche zum Gegenstande eines (wechselseitigen) Versprechens machen. Dieser Satz wird aber in charakteristischer Weise folgendermassen restringirt: „Hoc accipiendum est de pacto universali; secus est in pacto particulari sive conventione super quibusdam rebus post mortem relinquendis; nam tale pactum valet, quia in residuo superest liberum testandi arbitrium et hanc esse decisionem evangelicam testatur Jason“.

Hiemit spricht Gaill nicht blos die Anerkennung eines part. Erbvertrages bestimmt und klar aus, er indizirt vielmehr auch dessen erbrechtlichen Charakter namentlich dadurch, dass er ihn den obligatorischen Geschäften der l. unic. Cod. 4, 11 (s. not. 11) entgegenstellt.

Dieselbe Anschauung wie Gaill vertritt Mynsinger a Frundeck in seinen Responsen (resp. 49 S. 434) mit vielen andern seiner gelehrten Zeitgenossen, jedoch mit einer Wendung, die den part. Erbvertrag mehr einer „heredis institutio in re certa“ nahe bringt — „quod talia pacta in quibus alter alterum in certis bonis heredem instituit, et disponit, quid de suis bonis post obitum fieri velit, de jure rata ac firmissima esse.“

Ohne Zweifel ist es auch ein part. Erbvertrag, den Joh. Fichard in cons. II, 54 n. 2 S. 133 als rechtsbeständig erweist. Fragliches Cons. nämlich betrifft einen Ehevertrag, wo dem Manne für den Fall seines Ueberlebens ein Voraus von 100 fl. und ein Weingarten zugewendet wurde. In einem andern Cons. II, 77 n. 10 S. 166 verficht er die Gültigkeit eines Ehevertrages, in welchem der Mann seiner Frau ein診Drittheil seiner Fahrhabe vermacht hatte [12]) und zwar unter Be-

---

[12]) Die Zuwendung eines bestimmten Theiles von Fahrhabe scheint häufig Inhalt von Eheverträgen gewesen zu sein, wie ein Blick in das diplomat. Rieneccianum bei Guden cod. dipl. V zeigt z. B. Urk. a. a. O. S. 420 „Ir soll auch alsdann volgen und werden ein Drittheil an allem Husrade, Silbergeschirre, gereidtem Geld, Wein u. a. Früch-

zugnahme auf den geläufigen Satz: „pactum de succedendo in rebus particularibus valet.“ Ein anderes Mal verwirft er allerdings einen Vertrag, in welchem eine Frau ihrem Manne den Nutzgenuss ihrer sämmtlichen Güter — doch wohl auch eine Singularsuccession — verschrieben hatte (cons. I, 35). Allein hiebei ist zu berücksichtigen, dass Fichard Anwalt der an einem so gefassten Gutachten interessirten Partei war, und dass er sein anscheinend dagegen kämpfendes juristisches Gewissen dadurch zu beschwichtigen suchte, dass er seiner Partei dringend einen Vergleich empfahl, da die Sache doch „perquam ambigua et disputabilis“ wäre.

Wenn schon das Bemühen der Praktiker, das „pactum de succedendo in rebus particularibus“ zu halten, auf eine sich oft wiederholende Anwendung desselben im Leben schliessen lässt, so haben wir hiefür noch unmittelbarere Zeugnisse in Urkunden, die Heydemann[13]) aus einem Berliner Gerichtsbuche vom 16. Jahrh. mittheilt: „Kersten Schonebecke ist erschenen vor richter und scheppen jn gehegeder bank und het Annen Clawes — syner bruth gemakt und in der ehestiftung so beredt: war sy synen dott erlewede, sall sy all or kleider und sulwerwerk, wes to orem lywe gehordt und geschmide, he hebbe erwen efft nicht . . . alles to voruth hebben.“

„Borchart Scrywer jst gekamen jn fulgehegeder bank — met syner eliken huszfruwen und hebben eyn den andern begifftiget: de fruwen XX gulden und ore kledere; wedderum sy oren eliken manhe nemlich XX gulden, ein perd.“ — Dem gegenüber scheint sich Hartmann Pistoris († 1601) in seinen theoretischen Erörterungen über das Wesen der Erbverträge[14]) zu einseitig an den römisch-rechtlichen Standpunkt zu halten. Er verwirft nämlich dieselben ganz und gar und

---

ten. Sie solt auch kein schuldt, die er nach seinem Todt schuldig geplieben were, schuldig sein zu bezalen, sondern sein erben die bezalen sollten.“ Natürlich ist hiebei Solvenz des Nachlasses vorausgesetzt.

[13]) Die Elem. der Joachimischen Const. S. 261 ff.

[14]) quaest. jur. lib. IV. qu. 2.

zwar auch den part. Erbvertrag — das „pactum de succedendo particulare.“ Seine Argumentation ist diese: Wenn man gestützt auf l. 15 Cod. de pact. 2, 3 oder l. 5 Cod de pact. conv. 5, 13 den part. Erbvertrag um desswillen für zulässig hält, weil das in diesen Constitutionen enthaltene Verbot sich nur auf universelle Erbverträge beziehe, so ist dagegen zu bedenken, dass die Testirfreiheit durch ein vertragsmässiges Vermächtniss so gut aufgehoben werde wie durch eine vertragsmässige Erbeinsetzung: „Testandi facultas libera esse debet non solum in universali heredis institutione, sed etiam in legato rei particularis et in qualibet re minima“. — „Etiam legatis sunt certa legibus praescripta sollennia ideoque pactis non magis dari possunt quam ipsa successio — Sic quando alicui successio rei particularis promissa esset, si istud pactum valeret, non amplius ei integrum esset, rem illam testamento, cui vellet, relinquere — atque adeo testandi facultas non minus impediretur, quam si de certo bonorum parte pactum fuisset.“

Mit richtigem Verständniss fühlte es dabei Pistoris heraus, dass, wenn anders der part. Erbvertrag von seinem Standpunkte aus anzuerkennen wäre, er nur mit dem Legate oder denkbarer Weise mit der heredis institutio in re certa[15]) in Parallelle gestellt werden könnte. Pistoris, der sich im weiteren Verlaufe seiner Abhandlung auch gegen die namentlich von Zasius behaupte Geltung der pacta contractui matri-

---

[15]) Vgl. Beseler III, 114. M. E. lag Hartm. Pist. der Vergleich des „pactum particulare“ mit dem Legate näher als der mit der heredis institutio in re certa, die er nur desswegen herbei zu ziehen scheint, um den Begriff „successio“ auch in Ansehung einer „res particularis“ als gegeben nachzuweisen. „Nec quidquam refert, quod alioquin in re particulari successio considerari soleat. Nam sicut hoc non impedit, quominus quis in re certa heres institui possit, ita etiam per se obstaculo non est, quominus pactum ita concipi queat et hereditario jure quis in re aliqua succedat, modo istud alioquin permissum esset.“

monii adjecta wendet, gesteht schliesslich zu, dass der Erbvertrag durch Statut oder Gewohnheit eingeführt werden könne, dass er in Frankreich vermöge Gewohnheit bestehe und in Spanien durch ein Gesetz Rechtens sei. Auch Erbverbrüderungen hält er im weitesten Umfange nach einem allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechte für gültig.

Man sollte meinen, dass nach einem so scharfen Verdammungsurtheil, wie es ein Mann von dem wissenschaftlichen Einflusse eines H. Pistoris den Erbverträgen sprach, deren Vertheidigung hätte in Etwas verstummen müssen. Allein so ziemlich das Gegentheil werden wir wenigstens in Hinsicht auf den part. Erbvertrag gewahr, und ohne Bedenken dürfen wir diese Erscheinung auf Rechnung einer verbreiteten Uebung derartiger Verträge setzen. Die Neigung, insbesondere unter Ehegatten und Verwandten, ihre Successionsverhältnisse fest und unwiderruflich zu ordnen, entsprach so sehr den gewohnten Bedürfnissen deutschen Lebens, dem Gemeinschaftlichkeitsgefühl, von dem das deutsche Recht auch in sonstigen Beziehungen beherrscht ward, dass dagegen alles Ankämpfen der Theorie fruchtlos bleiben musste. So äussert sich Cothmann († 1624) ganz unumwunden in seinen Responsen wiederum für den Rechtsbestand des part. Erbvertrages — resp. I, 8 „Explorati juris est, quod pactum futurae successionis super rebus certis jure validum sit, während er gegen den universellen Erbvertrag seine Bedenken nicht unterdrückt, im Zweifel aber diesen obligatorisch fasst, wenn das pactum nur nicht „in vim futurae successionis sonat[16]). Ebenso lässt sich Herm. Vultejus in seinem Cons. Marp. III, 34 n. 84 in Bezug auf den part. Erbvertrag also vernehmen: „Et immo hanc decisionem, quod pactum sive conventio particularis super quibusdam rebus post mortem relinquendis valeat, esse evangelicam testatur Jason“ und adoptirt für dessen Gültigkeit alle von den italienischen

[16]) Resp. II, 78 n. 60; III, 44 n. 31.

Juristen für die Gültigkeit eines „pactum particulare“ vorgetragenen Gründe[17]).

Dav. Mevius beruft sich in seinem berühmten Commentare zum lübischen Rechte (ad jus Lubec. II, 1 S. 246) auf eine Gerichtspraxis: „haec fori praxis — recepit valere pactum de successionibus quod super rebus certis — contrahitur“ und bezeugt überhaupt, dass ein Erbvertrag, der die Zuwendung einzelner Gegenstände von T. w. betreffe, von jeher in der Literatur für zulässig gehalten worden sei, weil dieser für kein „pactum futurae successionis“[18]) gegolten habe.

Im Gegensatze zu der Auffassung der Früheren bestimmt er die rechtliche Natur unseres Institutes als — Schenkung unter Lebenden: „Interest an pacta dotalia de certis quibusdam bonis sint concepta an vero de hereditate ejusque quota. Quando dotali instrumento de certis bonis cautum est veluti, dass der überbleibende Ehegatt gewisse Stücke oder einen gewissen Antheil aus des Verstorbenen Gütern erben und nehmen solle, vi contractus et donationis inter vivos pactum subsistit, non eget quinque testium praesentia, obligationem

---

[17]) Vgl. cons. IV, 20, dem gleichfalls ein part. Erbvertrag zu Grunde liegt. Ein Rechtfertigungsgrund begegnet hier u. A., der sonderbar genug ist, um erwähnt zu werden: Da ein pactum de successione hereditatis tertii mit Einwilligung des Dritten gültig ist, um so mehr ein pactum de hereditate ipsorum paciscentium!

[18]) Diesen Gesichtspunkt deutet auch H. Pist. a. a. O. an. Er unterscheidet aber, je nachdem der Vertrag das Wort „successio“ enthalte oder nicht: „Facile etiam concedimus, quando de rei particularis obventione actum fuit, quod istud pro pacto futurae successionis habendum non sit. Hoc tum recte procedit, quando nulla facta successionis mentione quaeritur“ — —. Dagegen Herm. Vultejus III, 34 n. 84 — „neque interest quibus verbis pactum de succedendo in certis bonis sit conceptum“ — Die universellen Erbverträge verwirft zwar Mevius in seinem Commentare a. a. O., behauptet aber in s. dec. III, 270 für dieselben ein allgem. deutsches Gewohnheitsrecht cfr. Beseler II, 152.

praesentem habet, etsi effectus tantum post mortem sequatur ideoque contraria voluntate mutari nequit invito altero“[19]). Allein trotz dieser rechtlichen Construction des part. Erbvertrages bemerkt Mevius anderweit einmal, dass die Erbschaftsgläubiger durch ein derartiges pactum nicht verkürzt werden sollen[20]), dass also der Honorirte diesen nicht gleich, sondern nachstehe. Damit empfängt hinwieder das Geschäft eine erbrechtliche Grundlage, indem dessen Wirksamkeit so gut wie die eines Legates von dem Stande des reinen Nachlasses abhängt.

Spröde verhält sich, vielleicht unter einem unmittelbaren Einflusse des H. Pistoris, B. Carpzov gegen die Erbverträge. Er sucht sie, sofern sie die Successionsclausel[21]) nicht enthielten, als obligatorische Verträge aufrecht zu halten und bezieht sich hiefür auf einen Fall, der gerichtlicher Entscheidung unterlegen. Derselbe betrifft aber wenigstens nach den Entscheidungsgründen des Gerichtes, die Carpzov wörtlich referirt[22]), nichts anderes als einen part. Erbvertrag und bietet demnach ein neues Zeugniss für dessen Uebung und Geltung[23]).

---

[19]) Mevius ad. j. Lub. II, 1 n. 100.

[20]) Mev. dec. p. IX dec. 62. „horum (creditorum) de damno vitando potior est ratio“.

[21]) Jurisprud. for. Romano — Sax. p. II c. 35 def. 21 — secus vero quando facta nulla successionis mentione quis bona sua per pactum ita alteri concedit, ut illa ex vi obligationis contractae post mortem obtineat ab herede vgl. ibid. p. III, c. 5 d. 22 und def. for. ad. Const. elect. Sax. synopsis II, 43.

[22]) „Ueberdiess in bemeldter Vergleichung keiner succession oder Erbschaft gedacht, sondern per modum contractus einem ein gewisses Stück Gutes jedoch allererst nach des andern Absterben zu erlangen zugeeignet wird, so mag auch solche Vergleichung mit Bestand nicht hinterzogen werden.“

[23]) Vgl. Brunnemann cons. 96 Nr. 5 „rerum particularium successiones deferri possunt;“ aber auch cons. 165 n. 22 und cons. 23 n. 3, vgl. noch Gottschalk a. a. O. 298.

Ungefähr um die Mitte des 17. Jahrhunderts tritt eine Periode ein, wo dem part. Erbvertrag in der Literatur keine so spezielle Aufmerksamkeit zu Theil wird wie früher. Es mag dies damit zusammenhängen, dass der Widerspruch gegen den univ. Erbvertrag immer mehr schwindet, und die Stimme derjenigen, welche die pacta successoria ganz allemein anerkennen, immer lauter sich erhebt. Schon Hotomanus (cons. 73 Nr. 34) spricht gelegentlich von „heredes conventionales". Schilter[24]), Mevius wenigstens in seinen Dezisionen, Leyser, Heineccius u. A. behaupten eine unbeschränkte Gültigkeit der Erbverträge und stützen sich hiefür theils auf ein „jus naturale et gentium, theils auf eine allgemeine deutsche Gewohnheit[25]). Die Erbverträge erscheinen geradezu als eigenartiger, selbständiger Delations-Grund[26]).

---

[24]) Exerc. ad Pand. a. a. O. VIII §. 35—40; Exerc. XXXVIII §. 56 scheint mir keinen Widerspruch zu enthalten vgl. Hartmann E. V. S. 26 n. 5, indem Schilter hier nur den Gegensatz des r. R. zum deutschen R. hervorhebt. Daher fährt §. 57 eod. fort: „At secus est jure Teutonico, quo non inconveniens habetur — de futura successione pacisci". — Schilter bezeichnet insbes. den oft bei Erbvertr. gemachten Unterschied zwischen illustres und privati als einen haltlosen a. a. O. §. 38.

[25]) Diejenigen, welche vom römisch-rechtl. Standpuncte ihre Bedenken nicht aufgeben konnten, nahmen ihre Zuflucht zu einem widerruflichen „pactum mixtum" in vim ultimae volumtatis, das von der italienischen Jurisprudenz mit Rücksicht auf l. 19 Cod. 2, 3 angebahnt, bis tief ins 18. Jahrh. seine unheilvolle Rolle spielte und auch in einigen Partikularrechten Aufnahme fand. Auch die pact. mixta theilte man ein in universalia und singularia (particularia) (Carpzov def. for. II, 43; Lauterbach t. 2 lib. 23 ad rubr. de pact. dot.) und stellte sie den pact. simpl., für die eine Präsumption sprach, gegenüber. Die pacta simplicia waren aber meistens wahre Erbverträge, indem es namentlich bei singulären Zuwendungen auf den Todesfall leicht war, die Worte „Erbschaft oder Succession, auf die es ja beim pact. mixtum ankam, zu umgehen. Gegen die pact. mixt. bereits Struben rechtl. Bedenken II, 63.

[26]) Abr. Wesel tract. de connub. bonor. societate et de pact. dotal. II. c. 5 Nr. 1 p. 187; J. H. Böhmer exerc. ad Pand. XXXI

Es war sohin für die Meisten ein Anlass nicht gegeben, sich näher mit dem „pactum de succedendo in rebus particularibus“ zu beschäftigen, das man als rechtsbegründet stets dem ungültigen pactum universale gegenüber zu stellen gewohnt war.

Durch das Aufleben germanistischer Ideen, das zusammenfiel mit dem erwachenden Sinn für heimische Rechtssitten und Rechtsquellen erhielt die Doktrin der Erbverträge eine vorwiegend deutschrechtliche Richtung mit der entschiedenen Betonung einer deutschen Gewohnheit als Wurzel des Erbvertrages, indem man die Vergeblichkeit des Versuches einsah, ihn durch römische Rechtssätze zu rechtfertigen oder mit diesen in Einklang zu bringen [27]. Wie aber jede neue Idee gern über das Ziel hinauszugehen pflegt, so ging es auch hier, indem man den Erbvertrag direkt mit den alten Vergabungen in Verbindung setzte [28]. Auch auf Familienfideicommisse, deren vertragsmässige Errichtung längst allseitig zugegeben war, und auf Erbverbrüderungen, die wie Fideicommisse auch ein einzelnes Gut, eine einzelne Herrschaft znm Gegenstande haben konnten und überhaupt als eine Art von pacta successoria galten, bezog man sich, wenn die Wirkungen insbesondere unseres part. Erbvertrages festgestellt werden wollten [29]. Bei all diesen deutschrechtlichen Gebilden aber erzeugte der Vertrag eine unmittelbar dingliche Wirkung und dies erklärt

---

c. 1 §. 2 „successio ab intestato quiescit ubi pactitia adest; Pütter Auserl. Rechtsf. III, resp. 258 S. 220“. Dieses resp. enthält eine vorzügl. Begründung des Erbvertrages seitens der Juristenfacultät zu Helmstädt und Wittenberg.

[27]) J. H. Böhmer ex. ad Pand. XXXI c. II §. 9.

[28]) eodem §. 3.

[29]) Eichhorn beispielsweise beruft sich a. a. O. §. 344 Not. c für die Wirkungen des Erbvertrages über einzelne Sachen auf Sam. Stryck succ. ab intest. dissert. VIII. c. 7 §§. 30, 31, 49, wo von Erbverbrüderungen gehandelt wird und auf H. B. Jaup de valore et efficacia pactorum seu statutorum familiarum illustrium §. 16, wo von der dinglichen Wirkung bezw. dem Veräusserungsverbote bei vertragsmässigen Familienfideicommissen die Rede ist.

es wohl warum jetzt den Erbverträgen zumal den partikulären, wo die Literatur sich mit diesen befasste, dingliche Natur beigelegt[30]), warum die res in pactum deducta als einem Veräusserungsverbote unterliegend dargestellt wurde. Dieses theoretische Ergebniss ward noch bestärkt durch den aus den rechtsgeschichtlichen Rüstkammern der Gelehrten hervorgeholten Satz, dass Eigenthum durch Vertrag übergehe[31]), ein Satz der wohl für das ältere deutsche Recht, aber auch da nur hinsichtlich der Immobilien gemeinrechtliche Geltung beanspruchen konnte, nach Reception des r. R. sich aber nur partikularrechtlich forterhielt und jedenfalls, was Mobilien betrifft, jeder Begründung entbehrt. Indessen wird doch der dingliche Charakter des Geschäftes von der Theorie nicht consequent durchgeführt; denn das Rechtsverhältniss des Honorirten nach dem Tode des Erblassers wird gleichzeitig als das eines Singularsuccessors, ja als das eines Legatars bezeichnet, unter welchen Gesichtspunkt bekanntlich schon H. Pistoris das seiner An-

---

[30]) Pätz commentatio successione universali per pactum promissa I §. 7 (mir nicht zugänglich s. Beseler II, 218 n. 16); v. Kreittmayr a. a. O. s. o. S. 66. Sie setzen als Gegenstand des part. Erbvertr. stets eine körperliche Sache voraus.

[31]) v. Kreittmayr a. a. O. „anerwogen das principium, quod pacta solum personam afficere non rem queant, allschon oben — unter die heut zu Tage nicht mehr gangbare errores pragmaticos gezählt worden ist; Pätz a. a. O.; characteristisch ist der Zweifel Pufendorfs obs. I, 209 §. 3, ob ohne Tratition und ohne Erbenconsens Erbverträge aus dem deutschen Rechte vertheidigt werden können: „Etsi magnopere dubitetur, an pacta successoria omnia deficiente proximorum heredum consensu nullaque traditione intercedente ex jure Germanico defendi possint, tamen pacta dotalia ut successoria recte sustinebantur, quia et bonorum traditio semper intervenit et plerumque propinquorum consensus intercessit, quorum alterutrum sufficere potest“. Daraus kann schon desshalb kein stichhaltiger Grund für eine Beschränkung der Erbverträge auf Ehegatten entnommen werden, weil die „tacita traditio“, auf die offenbar Pufend. Bezug nehmen will, nur bei societas omnium bonorum vorkommt, diese aber keineswegs gemeines eheliches Güterrecht ist.

sicht nach ungültige pactum de succedendo particulare stellen zu können glaubte.

So nimmt nach Samuel Stryck[32]) der part. Vertragserbe die Stellung eines Legatars ein; denn sein Recht ist in ökonomsicher Beziehung nicht nach dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses, sondern dem des Todes des Erblassers zu beurtheilen und er haftet für dessen Schulden nicht den Gläubigern unmittelbar, sondern gleich dem Legatare zunächst dem Erben. §. 30 a. a. O. „Aes alienum ante omnia deducendum[33]) idque non obtinet tantum in debitis ante pactum dotale contractis, sed etiam — de debitis post pacta — contractis. Hinc si ex soluta portione jam aes alienum emergat, succedens conjux pro rata tenebitur non creditoribus ipsis, sed heredi, qui tamquam indebite solutum recte repetit.“ Ferner wird der part. Vertragserbe ausdrücklich von dem Accrescenzrechte gegenüber dem Erben ausgeschlossen, was gleichfalls auf das Verhältniss einer Singularsuccession v. T. w. hinweist.

Auch Berger[34]) und v. Kreittmayr[35]) bekennen sich zu dem Satze, dass das Recht des part. Vertragserben gegen die Gläubiger des Erblassers zurückstehen müsse, also vor dessen Tode nicht wirksam und bestimmbar sein könne, während gleichwohl beide als Wirkung des part. Erbvertrages zu Lebzeit des Erblassers die Constituirung eines dinglichen Rechtes[36]) behaupten.

---

[32]) de success. ab intestato diss. VIII c. V. §§. 15, 29, 30 (de pactis successoriis inter conjuges).

[33]) Hiefür beruft sick Stryck auf Mevius und Carpzov sowie merkwürdiger Weise auf l. 7 Cod. 4, 16; l. 8 § 5 leg. II u. l. 9 eod.

[34]) Oeconomia jur. I. t. 3 th. 11.

[35]) a. a. O. s. oben S. 66.

[36]) eines „jus reale — hereditarium“, im Falle einer Hypothekbestellung sogar eines „jus praelationis“.

Berger bemerkt noch hinsichtlich des chursächs. R., dass hier der Erblasser trotz Erbvertrag beliebig veräussern könne, wenn er nicht auf diese Befugniss ausdrücklich verzichtet habe. So gestattet noch jetzt das bürgerl. Ges.-B. Sachsens beim Vermächtsvertrage einen Verzicht auf das Recht der freien Verfügung unter Lebenden und so-

Dieser Doppelnatur, welche die Theorie des vorigen Jahrhunderts, sich zu sehr an einen rechtsgeschichtlichen Standpunct anlehnend, den part. Erbverträgen zuschrieb, wurden diese aber bald wieder entkleidet. Schon die Redactoren des preuss. Ldr. befanden sich in der richtigsten Fühlung mit der folgemässigen Entwicklung unseres Institutes, indem sie dasselbe den Vermächtnissgrundsätzen unterstellten, soweit das nicht die Unwiderruflichkeit verbot. Auch sonst wohl zeigt sich am Anfange unseres Jahrh. eine Spur dieser richtigen Erkenntniss[37]), bis endlich Hasse durchschlagend diese zur siegreichen Geltung brachte.

Wenn die Gerichtspraxis des 18. Jahrh. keine reichhaltige Ausbeute für den part. Erbvertrag liefert, so ist zu bedenken, dass Fälle seiner bestrittenen Geltung wohl wenig den Gerichten vorgelegen haben mögen. Hatte er ja doch schon ungefähr seit der Mitte des 17. Jahrh. so feste Wurzel im deutschen Volke gefasst, dass man billiger Weise nie mehr seine Gültigkeit in Zweifel ziehen konnte und deckten diese ja doch auch die meisten Particulargesetze. Man kann auch nicht annehmen, dass derselbe von da ab im Gegensatze zu dem univers. Erbvertrage eine rückläufige Bewegung eingeschlagen habe. Für unsern Zweck möge es daher genügen, wenn ich einen besonders eklatanten Fall eines part. Erbvertrages, den Voit in seinen Abhandl. III. S. 89 berichtet, hier anführe. Ein Bürger aus Quedlinburg sicherte seiner treuen Dienerin zu, dass sie nach seinem Tode einige Morgen Landes aus

---

gar Hypothekbestellung, dies natürlich nur, wenn ein Immobile Gegenstand des Erbvertrages ist (§. 2548). Im letzteren Falle hört m.E. der Vermächtnissvertrag auf erbrechtlicher Natur zu sein, da der Bedachte ein absolut gegenwärtiges Recht empfängt, das nicht einmal mit sonstigen Nachlassschulden in Concurrenz zu treten, geschweige diesen zu weichen hat.

[37]) Zachariae, liber quaest. 17 § 3. „Itaque quae jus Romanum de sollennitatibus ultimarum voluntatum internis, de juribus heredum et legatariorum habet, eadem de pactis successoriis recte statuuntur.

seinem Nachlasse zu bekommen habe, welche Zusage diese denn auch vor Zeugen dankbarst acceptirte. Nach dem Tode des Honoranten verweigerten die Erben die Herausgabe fraglichen Grundstückes und es kam zum Prozesse, der aber in 3 Instanzen zu Gunsten der Honorirten entschieden wurde.

Dies übereinstimmende Urtheil dreier Gerichte, das umsomehr unsere Beachtung verdient, als es sich um formlose Zuwendung von Immobilien handelt, ist im Zusammenhalte mit der Rechtsüberzeugung, die unsere Literärgeschichte beurkundet, ein ausreichendes Zeugniss dafür, wie man am Ausgange des vorigen Jahrhunderts über den part. Erbvertrag dachte.

§. 10.

B. Der partikuläre Erbvertrag in der neueren Literatur, Praxis und Gesetzgebung.

Hasse war für die rechtliche Auffassung des part. Erbvertrages ebenso von entscheidendem Einflusse wie für die des universellen. Gleichwie ihm bei dem letzteren die Verleihung einer Universalsuccession als Ausgangspunct und die Analogie der Erbeinsetzung als Massstab für Inhalt und Wirkung des Geschäftes diente, so führte ihn die durch den part. Erbvertrag vermittelte Zuwendung einer Singularsuccession von selbst zu einem Vergleiche mit dem Legate. Diese Parallelle war aber für Hasse keineswegs eine willkürliche, sondern in klarer Ahnung des innern Zusammenhanges und der inneren Entwicklung nothwendig gebotene und die Bezeichnung „Vermächtnissvertrag“, die er unserm Institute gab[1]), ist daher sehr geeignet, dessen juristische Natur zu veranschaulichen, während wir bisher für dasselbe nicht ohne eine gewisse literar historische Berechtigung den Namen „partik. Erbvertrag“ gebrauchten[2]). Was Hasse den Vorwurf selbstän-

[1]) Vgl. oben S. 67.

[2]) Das Wort „part. Erbvertrag“ ermöglicht in doppelter Richtung ein Missverständniss. Denn „Erbe“, „erben“ weist streng genommen

diger Schöpfung des Vermächtnissvertrages eingetragen hat[3]), ist dieses, dass er bei Begründung desselben nicht eine gewohnheitsrechtliche Ausbildung nachwies, sondern, ausgehend von der gemeinrechtlichen Geltung des Erbeinsetzungsvertrages, den Vermächtnissvertrag als ein Bedürfniss des Rechtsstoffes hinstellte, der ohne seine Zulassung verkürzt würde[4]). Diese mehr deductive, rationelle Begründung fand willkommene Aufnahme bei den Späteren. So ist für Hartmann (S. 74) „in der Gültigkeit des Erbeinsetzungsvertrages auch die des Vermächtnissvertrages enthalten" und Roth[5]) bemerkt, dass „mit der Zulässigkeit vertragsmässiger Festsetzung über die Succession überhaupt auch die Zulässigkeit der Abschliessung eines partikulären Erbvertrages gegeben sei." Diese Schlussfolgerung bietet eine erfreuliche Gewähr für dessen historische Rechtfertigung und kann um so weniger abgewiesen werden, als dem Bewusstsein des Volkes und der Uebung des täglichen Lebens zumal eine vertragsmässige Verfügung m. c. über einen einzelnen Vermögensbestandtheil von jeher näher lag als über eine Quote, über ein universelles Erbrecht[6]). Hat ja doch auch das r. R. die Vermächtnisse durch leichtere Formen begünstigt, warum sollten wir dem gleichsam sich von selbst darbietenden Vermächtnissvertrage so abweisend entgegen treten!

Indessen geht Hartmann in der Betonung dieses rationellen Gültigkeitsgrundes des Vermächtnissvertrages zu weit,

---

auf eine Universalsuccess. hin und „particularis" schliesst den Gedanken an eine pars quota nicht aus. Allein richtig verstanden ist es die beste Uebersetzung für das „pactum de succedendo in rebus particularibus", das im Gegensatz zum pactum de succedendo universale stets sich auf die Nachfolge in einzelne Vermögensstücke bezieht.

[3]) Beseler II, 223 f.

[4]) Hasse rhein. Mus. III, 17.

[5]) Bayr. Civ. R. III §. 331 zu n. 7; in n. 3 ibid. führt Roth aber auch für die Gemeinrechtlichkeit die Gerichtspraxis an.

[6]) Vgl. Bluntschli in d. Hallischen Jahrbüchern von Ruge und Echtermeyer Jahrg. 1838 Nr. 165 und deutsch. Pr.-R. §. 242.

wenn er jede Beziehung desselben zu den alten pacta successoria oder vielmehr zum „pactum de succedendo particulare" von der Hand zu weisen scheint[7]). Es ist wahr, gleich der älteren Theorie lässt auch die neuere zum Theil eine wünschenswerthe Klarheit und Uebereinstimmung über das dem part. Vertragserben zu Lebzeit des Erblassers zustehende Recht vermissen. Die Einen nehmen ein dingliches[8]), die andern ein obligatorisches[9]) Verhältniss, wieder Andere ein vertragsmässiges singuläres Beerbungsrecht an (Dieck). Allein gleichwohl darf man im Sinne Hartmanns den „von Phillips, Dieck u. A." für das heutige Recht behaupteten part. Erbvertrag nicht als Schenkung i. v. charakterisiren, sowenig wie das alte „pactum particulare". Denn nahezu alle Schriftsteller lassen übereinstimmend den part. Erbvertrag erst nach Abzug der Schulden des Erblassers wirksam werden[10]),

---

[7]) Hartmann S. 78 n. 4. — Ebensowenig darf man (n. Hartm. S. 28) die gewohnheitsrechtl. Geltung des Erbeinsetzungsvertrages auf die pacta successoria zurückführen, die nur „obligatorischer Natur" gewesen sein. Dem ist entgegen zu halten, dass dem universellen Vertragserben (aus einem pactum successorium universale) schon frühzeitig beispielsw. von Stryck und Berger — jedenfalls aber schon vor Hasse — eine „hered. petitio" zugeschrieben wird und dass sowohl das preussische als auch bayr. Ldr. als Wirkung eines univers. Erbvertrag die Zuwendung einer Universalsuccession statuiren (Förster IV, 34 n. 17; Roth III §. 335 n. 35). Der aus l. 3 Cod. 8, 55 dafür gezogene Schluss, dass auch gegen den Donatar wie gegen den Erben Schuldklagen ohne Weiteres gestellt werden können, ist m. E. nicht begründet (Hartm. S. 30 n. 1); vgl. Windscheid die Actio d. r. R. §. 20 S. 194; Schwarze a. a. O. S. 144, 146.

[8]) Eichhorn §. 344 n. c. s. aber unten n. 10; Mittermaier P. R. §. 454 n. 28; vgl. Roth §. 336 n. 7 u. 8.

[9]) Buddeus in Weiske's R.-Lex. X S. 33. „Durch den Vermächtnissvertrag wird nach den neueren Erörterungen nur eine Obligation übernommen, deren Erfüllung auf die Erben gestellt ist."

[10]) Phillips a. a. O. §. 173 lässt den Vertragserben schlechthin, also wohl auch den part. für Schulden des Erblasser aufkommen. Nach Diek a. a. O. 424 hat der part. Vertragserbe für die Zeit bis zum Tode des Erblassers „keineswegs ein dingliches Recht an der

so dass also trotz dinglichen oder obligatorischen Rechtes der Bestand und der Umfang der Zuwendung immer davon abhängig bleiben wird, dass nach Befriedigung der Gläubiger noch der Nachlass ausreicht, um des Erblassers Liberalität zu decken. Eine Schenkung unter Lebenden braucht sich sich abgesehen von der Paulianischen Klage diese Zurücksetzung nicht gefallen zu lassen, wenn gleich nach l. unic. Cod. 4, 11 erst die Erben zu deren Vollziehung obligirt sind.

Daher behauptet Albrecht wohl mit vollem Rechte, dass die Divergenz der Ansichten hinsichtlich des part. Erbvertrages sich nur auf die juristische Natur desselben, keineswegs auf dessen Existenz und Gültigkeit beziehe [11]). Wenn demgemäss beinahe alle Autoren, die anders von den Erbverträgen handeln, den part. Erb- oder Vermächtniss-Vertrag ausdrücklich und rückhaltlos anerkennen [12]), so dürfen und müssen wir darin den einen wesentlichen Faktor seiner gemeinrechtlichen Gewohnheit, eine in der übereinstimmenden „opinio doctorum“ dokumentirte Rechtsüberzeugung erblicken.

Was nun dessen Uebung im heutigen Rechtsleben betrifft, so wird jeder Notar aus seiner Erfahrung das entschiedenste Zeugniss sogar für eine häufige Erscheinung unseres Geschäftes ablegen können. Wie oft enthalten namentlich

---

Sache“ und „sein Beerbungsrecht hat die nämlichen Eigenschaften als das des universellen Vertragserben mit einziger Ausnahme des Unterschiedes, welcher zwischen Singular- und Universalsuccession obwaltet. Für die Zeit nach dem Tode des Erblassers wendet er aber die Grundsätze der m. c. donatio an, die gleich dem Vermächtniss erst zum Zuge kommt, wenn alle Erbschaftsschulden berichtigt sind. — Die Modification Eichhorns in Bezug auf Schuldenhaftung s. o. S. 37; vgl. noch o. S. 81.

[11]) Albrecht kr. Jahrb. VI, 325; vgl. Dieck 424.

[12]) Ausser den von Roth III, §. 331 n. 3 angeführten und im Laufe unserer Darstellung erwähnten Schriftstellern behandeln den part. Erbvertrag: Holzschuher Civ.-R. XIII Nr. 5; Gengler d. Priv.-R. II §. 258 B.; Gruchot pr. Erbr. II, 340; Reyscher, gem. und würtemb. Pr.-R. III §. 697. Ueber die Ans. Beselers u. Gerbers s. u. §. 11.

Eheverträge partikuläre Zuwendungen beispielsweise einer bestimmten Summe im Voraus, eines Hauses, eines Grundstückes an die Frau oder an Verwandte! Auch die Gutsanheirathungsverträge [13]) nehmen möglicher Weise die Natur eines part. Erbvertrages an. Diese Praxis wird denn auch durch die dermalige Rechtssprechung auf das unzweifelhafteste bestätigt. So durch zwei Erkenntnisse des O.A.G. von Celle in Seuffert's Arch. B. XII, 279 [14]) (23/3 1858) und B. XXIV, 48 (22/3 1870) sowie durch ein Urtheil des O.A.G. von Darmstadt ibid. B. XXVII, 41 (17/4 1872) und von Wolfenbüttel B. XXIX, 249 [15]) (16/1 1874).

Es haben daher nicht ohne die bewusste Basis einer allseitig verbreiteten Gewohnheit und in richtiger Erkenntniss eines allenthalben vorhandenen Bedürfnisses die bürgerlichen Gesetzbücher von Sachsen und von Zürich unseren Vermächtnissvertrag recipirt und mit der wohlthuendsten Klarheit geordnet:

---

[13]) Vgl. Roth bayr. C. R. I §. 54 Nr. I. Dieselben sind nicht etwa auf das Rechtsgebiet des bayr. Ldr. zu beschränken, sondern begegnen auch in Schwaben häufig (Vocke Ztschr. d. Anw. V. für Bayern IX, 248). Ein allgemeines Prinzip lässt sich bezüglich ihrer Wirkung nicht aufstellen. Sie werden oft unter den Gesichtspunct eines part. Erbvertr. fallen, oft aber auch nichts anderes als Immobiliarvergabungen älteren Stiles sein.

[14]) Die Motive lauten u. a.: „Es ist die Gültigkeit (des Erbvertrages) aus dem Grunde, weil darin eine Singularsuccession festgesetzt wurde, nicht zu bestreiten, da nach deutschem Rechte nicht blos universelle Erbenrechte, sondern ebensowohl Vermächtnisse vertragsmässig begründet werden. — Eine gegentheilige Entscheidung des O.A.G. v. Celle Sf. Arch. B. XXIII 41 (13/11 1866) steht, wie es scheint, in blos theoretischer Fühlung mit den Ausführungen Beselers rücksichtlich des Vermächtniss-Vertr.

[15]) Das Erkenntniss betrifft ein (sog. devolutives) Vertragsvermächtniss zu Gunsten Dritter, das aber um desswillen hier nichts Besonderes hat, da es sofort von dem Dritten acceptirt wurde. Sonst ist ein devolutives Vertragsvermächtniss bis zu der seitens des Dritten erfolgenden Acceptation widerruflich. Vgl. Seuff. Arch. III, 74; V, 201, 299; VII, 68; XI, 133, 261.

Sächsisches Gesetzb. §. 2542 [16])

„Wer durch Vertrag einem Andern ein Erbrecht oder ein Vermächtniss oder eine Anwartschaft zusichert, darf dem Berechtigten das zugesicherte Recht weder durch späteren letzten Willen noch durch Erbvertrag entziehen".

Privatrechtliches Gesetzbuch für den Canton Zürich (edirt von Bluntschli) §. 2126.

„Es kann durch Erbvertrag Jemand auch ein Vermächtniss zugesichert werden, vorausgesetzt, dass der Bedachte in dem Erbvertrage selbständig mitwirke".

ibid. §. 2120 „Der Erbvertrag hat eine erbrechtliche Wirkung, indem durch denselben die eine Vertragsperson, der Erblasser, der andern entweder ein Erbrecht oder ein Vermächtniss in bindender Form zusichert".

ibid. §. 2129 „Der Vertragserbe sowohl als der vertragsmässig mit einem Vermächtniss Bedachte haben gegenüber dem Erblasser ein Recht, dass derselbe nicht durch anderweitige Verordnungen auf den Todesfall hin ihnen das zugesicherte Erbrecht oder Vermächtniss entziehe oder schmälere".

Die anzuführenden gesetzlichen Bestimmungen haben, insoweit sie einen part. Erbvertrag zulassen, unbestreitbar ein gemeinrechtliches Substrat in einer allgemeinen deutschen Gewohnheit [17]). Denn nicht blos eine in der deutschen Literatur überall sich kundgebende Rechtsüberzeugung, sondern auch eine allenthalben in deutschen Landen diese bestärkende Rechtsübung erhärten auf das bestimmteste die Gemeinrechtlichkeit unseres Institutes, gegen dessen Berechtigung gewiss Niemand behaupten möchte, dass es den Sittengesetzen zuwider oder contra rationem juris eingeführt sei.

---

[16]) Vgl. hiezu Siebenhaar Comm. III S. 383; aber auch o. §. 9 n. 36.

[17]) Der partik. Erbvertrag ist ohnehin in dem weitaus grösseren Theile Deutschlands gesetzlich anerkannt. So im Rechtsgebiet des preuss. u. bayr. Ldr. u. im Kgr. Sachsen.

§. 11.
Die gegen den partikulären Erbvertrag erhobenen Einwendungen.

Den Rechtsbestand eines Vermächtniss- oder partik. Erbvertrages leugnen bekanntlich zwei hervorragende Germanisten: Beseler und im Anschlusse an diesen Gerber. Sie nennen ihn das „Product einer Deduction, die sich um sich selbst herumdreht“, eine „wesenlose Erfindung der Theorie“.

Prüfen wir die Gründe, worauf insbesondere Beseler seine Ansicht stützt, so werden wir finden, dass sie gewichtig genug sind, um eingehender besprochen zu werden, dass sie aber in keiner Weise die Selbständigkeit unseres Rechtsinstitutes zu erschüttern vermögen.

Zunächst wird von Beseler (II, 22, 224) vorgebracht, dass der Erbvertrag (oder Erbeinsetzungsvertrag) seiner Natur nach nur eine Universalsuccession begründen und das Erbrecht, welches der Vertrag erzeuge, im Allgemeinen keine solche Individualisirung seines Gegenstandes, wie dies durch die Annahme eines Vermächnissvertrages geboten wäre, dulden könne.

Gegen diesen Satz ist mit Recht geltend gemacht worden, dass er eine „petitio principii“, eine „selbstgeschaffene Schwierigkeit“ enthalte [1]). Zudem ist Beseler selbst genöthigt, Ausnahmen zuzulassen und in gewissen Anwendungen einen Erbvertrag an einzelnen Sachen zu statuiren, „wo sich aus dem deutschen Rechte Spuren eines Erbrechtes an einzelnen Sachen erhalten haben“ [2]). Z. B. bei der vertrags-

[1]) Albrecht Jahrb. a. a. O. S. 325; Hartmann 74.

[2]) Beseler II, 214 ff.; III, 140, 122—124; vgl. Bluntschli in den Hallischen Jahrb. v. Ruge und Echtermeyer a. a. O. Wenn Beseler (III, 117a) bemerkt, derlei Verträge seien keine Vermächtnissverträge, sondern begründeten ein Erbrecht nach deutschem Rechte, so ist m. E. zu erinnern, dass sie eben auch von der Solvenz des Nachlasses abhängen müssen und dass überhaupt nach heutigem R. im Wesentlichen die römischen Vermächtniss-Grundsätze für Rege-

mässigen Bestellung von Fideicommissen und in Eheverträgen. Ja sogar dieses Zugeständniss macht er, dass das Vermächtniss, welches der Vertragserbe übernehme, „seine bestimmte gemeinrechtliche Stellung“ habe[3]) und, wenn ich recht sehe, stellt er hiebei die von dem Vertragserben übernommene Leistung nicht als obligatorisch hin, sondern eben als ein Vermächtniss[4]), das dieser nur dann zu erfüllen hat, wenn „er die Verlassenschaft erwirbt“ und — dürfen wir hinzusetzen — soweit sie reicht. Da aber die Qualität eines Intestat- oder Testamentserben im Wesentlichen von der eines Vertragserben nicht verschieden ist, so kann nicht abgesehen werden, warum Beseler, nicht einen Schritt weiter gehend, auch zu Lasten der ersteren ein Vertragsvermächtniss zugelassen habe, wozu freilich nicht einmal ein besonderes Uebereinkommmen des Erblassers mit diesen erforderlich ist, sondern einfach sein im Vertrag mit dem Honoraten zum Ausdruck gebrachter Wille genügt.

Des weiteren wendet sich unser Gegner gegen ein Bedürfniss und eine practische Bedeutung des Vermächtnissvertrages; denn, was man so nenne, sei entweder eine Schenkung unter Lebenden, deren Effekt auf die Erben gestellt sei — l. unic. Cod. ut act. et ab heredibus et inheredes 4, 11 — oder aber eine römisch rechtliche Schenkung von Todeswegen (Beser II, 226, 228). Was aber die erste Alternative anlangt, von der unser Geschäft absorbirt werden soll, so ist zwar eine „obligatio in heredem collata“ im neuesten r. R. zweifellos anerkannt; allein ein Zusammenfallen derselben mit dem Vermächtnissvertrag ist schon um desswillen abzulehnen, weil, wie schon öfter gelegentlich zu betonen war, der part. Vertragserbe den Gläubigern des Erblassers nachstehen muss, während nach der Natur

lung einer jeglichen Singularsuccession nach dem Tode des Erblassers die gemeinrechtliche Form abgeben.

[3]) Beseler II, 215.

[4]) Vgl. aber Hartmann 74 n. 4.

einer „obligatio in heredem collata“ diesen an sich keine bevorzugte Stellung vor dem Beschenkten einzuräumen ist.

Das erheblichste Argument jedoch gegen den part. Erbvertrag liegt in der zweiten Alternative, in der behaupteten Absorption desselben durch die m. c. donatio, vorausgesetzt, dass man sich bezüglich dieser der herrschenden Lehre anschliesst und gestützt auf l. 13 §. 1, l. 35 §. 4 D. h. t. 39, 6 u. nov. 87 (unglossirt) . . . den Ausschluss eines Widerrufsrechtes aus Reue für möglich hält [5]). Auf dem Boden einer im r. R. begründeten unwiderruflichen Schenkung v. T. w., den wir einmal als gegeben annehmen wollen [6]), scheint auf den ersten Blick ein Unterschied zwischen dieser und dem Vermächtnissvertrage nicht obzuwalten. Denn hier wie dort wird auf Grund einer unwiderruflichen Verfügung eine Singularsuccession auf den Todesfall bewirkt und in beiden Fällen kommt der Bedachte erst nach Befriedigung der Erbschaftsgläubiger an die Reihe [7]). Aber gleichwohl gehen bei genauerer Un-

---

[5]) Hasse rhein. Museum II, 337; Schröter Ztschr. für C. R. u. Pr. II, 109; Heimbach R. Lex. IX, 709; Windsch. Pand. III §. 675, 3; Arndts §. 589 n. f.; v. Schirach, Arch. f. civ. Pr. II, 312—315 behauptet für das heutige R. Unwiderruflichkeit der Schenkung v. T. w. als Regel, da sich diese gewohnheitsmässig zu einem Erbvertrage ausgebildet habe.

[6]) Eine Vergleichung der l. 13 §. 1 D. h t. i. f. („Sic quoque potest donari m. c. ut nullo casu sit ejus repetitio“) und der gleichlautenden l. 35 §. 4 D. h. t. i. f. mit l. 27 D. h. t. („Ubi ita donatur m. c. ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam m. c. donatio et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio“) könnte zum Beweise der essentiellen Widerruflichkeit der Sch. v. T. w. verwendet werden; man ist nämlich versucht die l. 27 c. als Erläuterung und Ergänzung von l. 13 §. 1 u. l. 35 §. 4 c. aufzufussen, so dass also eine Schenkung auf den Todesfall mit einem Widerrufsverzichte als Sch. unter Lebenden zu characterisiren wäre. Dieser Gedanke ist auch der alten Literatur nicht fremd.

[7]) So Bertram, Nassauisches Pr. R. §. 2183. „Es kann auch vorkommen, dass der Schenker dem Widerrufsrechte entsagt hat, in

tersuchung beide Geschäfte, mögen sie auch manche Kreuzungspuncte gemeinsam haben, nicht in einander auf.

Wenn auch darauf kein besonderes Gewicht gelegt werden soll, dass der part. Erbvertrag einen von der m. c. donatio ganz unabhängigen Entwicklungsgang genommen hat, so liegt eine belangreiche Differenz schon darin, dass die Widerruflichkeit bei dieser ein „naturale negotii" ist und die Unwiderruflichkeit eine besondere Vereinbarung bedingt, während bei jenem die Unwiderruflichkeit als „essentiale" zu gelten hat [8]. Insofern es daher unsern Rechtsgewohnheiten mehr entspricht, bei derartigen Zuwendungen Unwiderruflichkeit zu intendiren oder mit a. W., da uns die Unwiderruflichkeit näher liegt als den Römern, ist der part. Erbvertrag mehr geeignet, diesem in d. R. bei uns vorhandenen Willen der Parteien und so einem wirklichen Rechtsbedürfnisse zu genügen [9].

Ausserdem möchte noch auf folgende Unterscheidungs-Momente aufmerksam gemacht werden: Es können bekanntlich alle Schenkungen wegen Undankbarkeit des Donatars widerrufen werden und nach Einigen auch wegen nachgeborner Kinder [10]. Unbedenklich haben wir diese Bestimmungen auch auf Schenkungen v. T. w. anzuwenden, bei denen man sich des Widerrufsrechtes begeben hat. Nicht aber auf den Erbvertrag [11]. Allerdings gelten hinwiederum die Indignitätsgründe auch gegenüber dem Vertragslegatar; aber die Gründe, welche den Widerruf einer Schenkung gestatten, sind doch nicht denen gleich, welche den Erben oder Legatar als indignus erscheinen lassen [12], zumal wenn man den Widerruf wegen nachgeborner Kinder aufrecht erhält.

---

welchem Falle dann der über ein einzelnes Nachlassobjekt geschlossene Erbvertrag vorliegt."

[8]) So auch Roth III §. 331 n. 18.

[9]) Vgl. Hartmann S. 76.

[10]) Arndts Pand. §. 82; vgl. Windscheid §. 367 n. 22.

[11]) Hartmann S. 69, 84b; Beseler II, 312.

[12]) S. Arndts §. 557; Windscheid §. 670.

Allgemein wird ferner gelehrt, dass die m. c. donatio aus dem Vermögen des Erblassers, nicht aus dessen Nachlass delibire und dass seitens des Donatars mittels Tradition bezw. Acceptation schon unter Lebenden erworben werde[13]). Während demgemäss der Rechtsgrnnd der m. c. donatio auf jenem Akte der Uebertragung bezw. Acceptation unter Lebenden beruht, so ist derselbe beim Vermächtnissvertrage in der quasicontraktlichen Verpflichtung[14]) zu suchen, die der Erbe durch Antretung der Erbschaft übernimmt, den im Vertrage geäusserten Willen des Erblassers zu vollziehen. Erwirbt demgemäss der m. c. Beschenkte bereits unter Lebenden, so kann er im Falle einer unwiderruflichen Schenkung einer Veräusserung der ihm tradirten Sache oder einer Verfügung beispw. über eine ihm cedirte Forderung sich widersetzen. Anders ist die Rechtslage des Vertragslegatars, er kann Veräusserung des Vermächtniss-Gegenstandes nicht hemmen[15]).

[13]) Arndts §. 590; Windsch. §. 67 › n. 2. Ueber die scheinbar abtrünnige Stelle l. 2 D. 6, 2 s. Hasse rhein. Museum II, 349; Savigny System B. IV §. 170 n p.

[14]) Die m. c. don. ist desswegen, weil aus dem Vermögen des Erblassers erworben wird und daher kein bestimmter Beschwerter vorhanden ist, unabhängig von dem Schicksal der Erbschaft (Windsch. §. 676 n. 18). Thatsächlich wird auch der Vermächtniss-Vertrag zum öftesten von dem Schicksal der Erbschaft unberührt bleiben, indem, wie das im Test. nicht bestätigte Intestatcodicill im Zweifel auch die Testamentserben bindet, so auch der part. Erbvertr. regelmässig gegenüber allen Erben wirksam wird. Wo aber nach Vertragsinhalt z. B. lediglich der Vertragserbe vom Erblasser zur Entrichtung eines Vertragsvermächtnisses verpflichtet werden will, wird der Anspruch des Honorirten von der Antretung des Vertragserben abhängen, vgl. Roth III §. 336 n. 11.

[15]) Der part. Vertragserbe hat ein Recht darauf, dass ihm das Legat als solches nicht entzogen werde. Nun liegt in der Veräusserung des vermachten Gegenstandes allerdings ein Widerruf des Legates l. 24 §. 1 D. 34, 4, zu dem der Erblasser an sich wegen des Vertrages nicht berechtigt ist. Aber der Umstand, dass das Vertragsvermächtniss eine Gabe aus der Erbschaft ist, entzieht dem Be-

Denn würde man diesem ein Widerspruchsrecht zuschreiben, so legte man dem Vertrage eine dingliche Wirkung bei, die er aber gemeinrechtlich nicht hat. Der Anspruch des Bedachten beschränkt sich also lediglich auf den Nachlass. Daher versteht sich wohl eine Bemerkung Hartmanns (S. 76), dass „sich sehr gut Willenserklärungen denken lassen, die so gefasst sind, dass sie nur gewaltsam oder gar nicht die Auffassung als gewöhnliche m. c. geschlossene obligatorische Verträge zulassen. S. z. B. „Mein Erbe soll Dir das aus meiner Erbschaft geben und ich sage Dir zu, ihn von dieser Auflage nicht zu befreien“ [16]).

Auch das mag hervorgehoben werden, dass es für den Rechtsbestand des Vermächtnissvertrages darauf ankomme, dass der Honorirte den Erblasser überlebe, während bei der Schenkung auf den Todesfall es bekanntlich bereits genügt wenn der Schenker nicht überlebt — ein Punct, der bei gleichzeitigem Tode nicht ohne Erheblichkeit ist [17]).

Den unumstösslichsten Beweis aber für die Verschiedenartigkeit der beiden in Rede stehenden Geschäfte scheint uns das — römische Recht selbst zu liefern.

L. 19 Cod. de pactis 2, 3: „Licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem m. c. gestae efficaciter speciem ostendat“. —

In diesem Uebereinkommen haben wir einen nach heutigem Rechte gültigen (wechselseitigen) Erbvertrag zu

---

dachten jedes Rechtsmittel gegen eine solche Veräusserung. Dagegen ist in diesem Falle die Verpflichtung des Erben zur Leistung eines Aequivalentes aus dem Nachlasse nicht zu bestreiten. Hartmann 80; Roth §. 336 n. 4.

[16]) So bereits Hasse a. a. O. III, 17. „Schon durch die Möglichkeit es so zu machen (d. h. mit Einem zu vereinbaren, dass er eine Sache nach unserm Tode aus der Erbschaft haben soll, oder diesem unter erfolgender Acceptation zuzusagen, dass ihm eine Sache vermacht sein soll), wird der Rechtsstoff gegen Verkürzung gesichert“.

[17]) Savigny Syst. B. IV §. 170 n. g.

erblicken, den die Kaiser sehr entschieden einer m. c. donatio gegenüberstellen. Der Beweiskraft dieser Stelle für unsern Zweck thut die Möglichkeit, unter den Worten „ut is qui supervixerit, rebus alterius potiatur" vielleicht an einen modernen universellen Erbvertrag zu denken, keinen Eintrag. Denn offenbar desswegen wird jede Aehnlichkeit des fraglichen pactum mit der m. c. donatio abgewiesen, weil diese einen sofortigen Erwerb voraussetzt, der Vertrag aber bestimmt, dass der Eine nach des Andern Tode die „res" in Besitz nehmen soll.

Diese Ausführungen mögen genügend darthun, dass Vermächtnissvertrag und unwiderrufliche m. c. donatio doch verschiedenen Charakters sind und dass ihre rechtlichen Sphären, wenn sie auch einander nahe kommen, doch niemals sich vollständig decken. Oft wird es quaestio facti sein, ob ein concretes Rechtsgeschäft als „obligatio in heredem collata" oder als unwiderrufliche Schenkung v. T. w. — wenn diese anders rechtsbegründet ist — oder aber als part. Erbvertrag aufzufassen sei. Im Zweifel wird dann die Vermuthung leiten, dass die Parteien für das beabsichtigte Geschäft auch die rechte Form wählten. Vom legislatorischen Standpuncte aber ist allerdings eine sichere Abgrenzung der in Bezug gestellten Rechtsgeschäfte zu empfehlen[18]).

§. 12.

Rechtliche Natur und Rationabilität des partikulären Erbvertrages.

Bei der Frage nach der rechtlichen Natur des Erbeinsetzungsvertrages spaltet sich bekanntlich die Theorie in zwei

[18]) Das sächsische Gesetzbuch unterscheidet zwischen einseitigen Schenkungsversprechen, die als letztwillige Verfügungen zu betrachten sind (§. 2500) u. acceptirten Schenkungsversprechen, bei denen die Vorschrft. über Erbverträge zur Anwendung kommen (§. 2501) vgl. Bluntschli Züricher bürgerl. Gesetzb. §. 2127. Das bayr. u. preuss. Ldr. kennen nur widerrufliche Schenkungen auf d. Todesf. (Cod. Max. Bav. civ. III, 8 §. 3 u. Bl. f. R. A. XXVIII, 145; A. L. R. I, 11 §. 1134—1139) vgl. österr. bürgerl. Ges B. §. 956.

Richtungen, je nachdem sie als Gegenstand des Vertrages die Einräumung eines besonderen Successionsrechtes [1]) oder den Verzicht auf die Testirfreiheit betrachtet [2]). Dieses Schicksal theilt auch der Vermächtnissvertrag. Nach den Einen begründet und enthält derselbe die Verpflichtung, ein auferlegtes Vermächtniss nicht mehr zu widerrufen, m. a. W.: er ist eine unwiderrufliche letztwillige Verfügung [3]), nach den Andern ist er ein Vertrag, mittels dessen ein Vermächtniss errichtet und zugewendet wird [4]). Dieser Gegensatz der juristischen Auffassung soll indess hier nicht weiter verfolgt werden, da einerseits die Frage zu sehr über unser Thema hinaus auf das Gebiet des universellen Erbvertrages führen müsste, andrerseits ohne erheblichen Belang und ohne jegliche praktische Spitze ist [5]). Nur darauf möchte hingewiesen

---

[1]) Roth III §. 331 n. 19.

[2]) Roth eod. n. 20 u. n. 13. Am weitesten geht Hartmann (§. 1 bes. S. 12), indem er den Erbeinsetzungsvertrag als ein Testament mit hinzukommendem Verzicht auf Testirfreiheit definirt.

[3]) Nach Hartmann S. 74 ist der Vermächtnissvertr. wie der Erbeinsetzungsvertr. aus zwei Geschäften zusammengesetzt: einem Vermächtniss und einem hinzutretenden Verzichte auf Testirfreiheit.

[4]) Hasse III, 20; Bluntschli §. 242 II; Roth §. 336; vgl. Hartmann S. 73.

[5]) Nur in der Hartmann'schen Construktion scheint für Erbeinsetzungs- und Vermächtnissverträge die Testaments- bezw. Vermächtnissform von selbst gegeben (Hartm. 47 u. 79). Allein hiefür lässt sich keine Gewohnheit nachweisen. Denn fast alle Partikularrechte verlangen Gerichtlichkeit der Errichtung. Von der Literatur und Praxis aber wird regelmässig Formlosigkeit der Erbverträge vertreten. (I. H. Böhmer ex. 31 §. 2; Hartitsch Entsch. v. Rechtsfr. Nr. 169; Hommel rhaps V, 638; Kind quaest. for. I, 54; Strubens Nebenst. V, 50; Pütter Auserl. R. Fälle III, 258 S. 227; Berger a. a. O. I, 3, 11. Für die neuere Zeit s. Roth III §. 333 n. 9 u. 10), so dass sich gemeinrechtlich nur diese halten lässt. Eine derartige Gewohnheit, so sehr sie legislatorisch nicht recipirt zu werden verdient, kann doch nicht als eine irrationelle und daher unverbindliche bezeichnet werden. (Hartm. S. 47). Begreift sich ja doch

sein, dass von einem historischen Standpunct es wohl angeht, als Gegenstand des part. Erbvertrages die Zuwendung eines Vermächtnisses, einer Singularsuccession anzunehmen, so dass in ihm Vertrags- und Vermächtnisscharakter sich combiniren, jedoch mit einem Uebergewicht des letzteren, indem die Legatsgrundsätze insoweit Mass geben, als sie nicht im Conflikte mit dem Vertrage stehen [6]).

Es ergeben sich aus dem Vermächtnisscharakter folgende hauptsächlichste Consequenzen: Der part. Erbvertrag ist gleich dem Vermächtniss ein lucratives [7]) Geschäft und zwar ein Geschäft von Todeswegen [8]). Denn nicht nur dass es abhängig ist von dem Ueberleben des Honorirten, kann es auch erst mit dem Tode des Erblassers wirksam werden, da über seinen Bestand die Solvenz des Nachlasses entscheidet.

Der Erbe wird durch den Erbschaftsantritt quasicontraktlich auch zur Entrichtung des Vertragsvermächtnisses verpflichtet [9]). Denn den Erben onerirt so gut wie der einsei-

---

eine erhöhte Form für einseitige Willenserklärungen leichter als für zweiseitige Geschäfte, die schon dadurch, dass sie eine Uebereinkunft bedingen, in der ein gegensätzliches Interesse spielt, erschwert erscheinen.

[6]) Albrecht Jahrb. a. a. O. 334; Bluntschli Pr. R. §. 242; Hartmann §. 10 und 11 passim und die bei Roth III §. 336 n. 2 Angeführten.

[7]) Roth III §. 331 n. 14. Nach Gengler 1491 ist der Erbvertrag meistens lucrativ.

[8]) Roth eod. n. 15; dagegen Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag, indem er Widerruflichkeit für das Kriterium der Geschäfte v. T. w. hält. Allein auch das Mandat ist widerruflich und doch ein Geschäft u. L.

[9]) Vgl. o. §. 11 n. 14. Gengler Pr.R. 1501: „Der part. Erbvertrag begründet für den Singularerbnehmer unmittelbar im Momente des Todes des andern Paciscenten — ubi dies legati cedit — ein Forderungsrecht oder unter Umständen dingliches Recht, sowie quando dies legati venit die entsprechende persönliche und sachliche Klage“; Bluntschli Anm. zu §. 2126 des Züricher Gesetzb.: „Sein (des Vertragslegatars) Recht wird nur unter der

tige auch der im Vertrage ausgesprochene, gebundene Wille seines Erblassers. Das Rechtsverhältniss des part. Vertragserben ist auch, was die Vorbefriedigung der Erbschaftsgläubiger[10]), seine Klagen, Rechts- und Sicherungsmittel betrifft, das des Legatars und der dingliche Rechtserwerb erfolgt, im Falle das Vermächtnissobjekt Bestandtheil des Nachlasses ist, wie beim Legat, ipso jure[11]).

Aus der Vertragsnatur unseres Geschäftes folgt insbesondere dessen Unwiderruflichkeit. Daher kann der Erblasser durch keine spätere letztwillige Verfügung (auch durch keine Schenkung von Todeswegen)[12]) die vertragsmässige Zuwendung aufheben oder verkürzen. Diese Gebundenheit und Beschränkung des Erblassers erstreckt sich indessen nicht soweit, dass er eine zum Vermächtniss ausgesetzte species nicht unter Lebenden veräussern könnte. Ist er ja doch immer noch Eigenthümer und daher dispositionsberechtigt über die einzelne Sache; denn der Vertragslegatar hat nur ein unentziehbares Recht von T. w., das erst nach Berichtigung der Erbschaftsschulden realisirt werden kann. Es entspricht aber auch nicht dem Vertrage, dass des Honorirten Recht durch eine (vielleicht willkürliche oder dolose) Veräusserung untergehe[13]). Denn dann wäre ein Vertragsvermächtniss, we-

---

Voraussetzung wirksam, dass er den Tod des Erblassers erlebt und die Verlassenschaft geeignet und verbunden ist, das Vermächtniss zu entrichten." Vgl. Hartm. 83 n. 2.

[10]) Hartmann 80 n. 4; Koch pr. Erbr. §. 76 III, 6: Roth III §. 336 n. 13.

[11]) Bei Grundbuchsystem wird ein Titel zur Fertigung im Grundbuche begründet. Bluntschli §. 243 Nr. 3a; vgl. Beseler Pr.R. 91, II; Stobbe Pr.R. 182 n. 8 und Jahrb. f. Dog. XII, 267.

[12]) Roth III, 336 n. 5; Hartmann §. 7 sub 4; dag. Beseler II, 261—265.

[13]) Walter Pr.R. §. 433 III bezeichnet den Vermächtnissvertrag als „widerruflich, insofern der Erblasser doch eine zum Vermächtniss unterstellte Sache veräussern kann"; ebenso Bluntschli §. 242 Nr. 2. Vgl. oben §. 11 n. 15. — Das Vertragsvermächtniss erlischt aber ausser den allgemeineren Gründen seines Entfallens nur durch

nigstens wenn sein Gegenstand eine species ist, factisch widerruflich wie das römische Legat. Daher muss jenem „die veniente“ eine Klage gegen den Erben auf ein Aequivalent des veräusserten Objectes zustehen[14]).

Der Vertrag ist auch massgebend für die Beurtheilung der unmöglichen und unsittlichen Bedingungen. Treffend bemerkt hiezu Beseler II, 269, dass derjenige, der dazu beiträgt, durch seinen Consens ein Geschäft „contra bonos mores“ zu machen, nicht verdiene aus demselben einen Vortheil zu ziehen [15]).

Eine fernere Consequenz aus dem Vertrage ist die, dass der part. Vertragserbe dem Abzug der Falcidischen Quart nicht zu unterwerfen ist. Dies ergäbe sich nämlich, wenn nicht sonst überwiegend Literatur und Praxis hiefür sprächen [16]), schon aus dem Gedanken, dass in dem Vertragsabschlusse regelmässig eine stillschweigende Ausschliessung der Falcidia liegt.

Vorstehende mehr streifend und andeutungsweise gehaltenen Bemerkungen über Wirkung und Inhalt des part. Erb-

---

unverschuldeten Untergang des Objekts, durch concursus duarum caus. lucrat. sowie durch Indignität; vgl. Hartm. 83 f.

[14]) Hartmann 81; Koch §. 76 S. 824 Nr. 3; Roth III §. 336 n. 4 vgl. eod. n. 3.

[15]) Ungültig halten die Erbverträge im Falle einer unmöglichen oder unsittlichen Bedingung. Roth III §. 334 n. 15 und die dort Citirten. Ausserdem Gruchot II, 338; Mittermaier §. 454 n. 4; Scharnweber S. 63; bayr. Ldr. III c. 11 §. 1 Nr. 8 s. Roth §. 334 n. 13; österr. Ges.B. §. 1251; dagegen Windscheid §. 554, 17a; Curlbaum Beitr. z. Erl. des preuss. R. III S. 215 und sächs. Gesetzb. §. 2549. Hartmann S. 51 unterscheidet je nachdem die Bedingung der Erbeinsetzung beigefügt ist oder dem Widerrufsverzichte inhärirt. Im ersteren Falle gilt sie „pro non scripto“, im letzteren Falle macht sie den Verzicht ungültig.

[16]) arg. J. H. Böhmer ex. 31 §. 2; Stryck a. a. O. c. V §. 15; dann Roth III §. 336 n. 12; Dieck 425. Sf. Arch. XII, 279 vgl. ibid. XI, 133 XXVII, 239 XXIX, 249; dagegen Hartmann 82, der die Quart nur rücksichtlich späterer Legate nicht angewendet wissen will.

vertrages mögen zur Genüge die für dessen rechtliche Bestimmung einschneidenden Gesichtspunkte angeben.

Was endlich die Rationabilität der Erbverträge überhaupt und des Vermächtnissvertrages insbesondere anlangt, so verdienen sie m. E. das absprechende Urtheil nicht, das Förster (Pr. Priv.R. IV, §. 247 n. 83) über sie fällt. Dem Feingefühl und der Eleganz der römischen Juristen widerstrebte freilich ein Erbvertrag und galt als „contra bonos mores" (l. 4 Cod. de inut. stip. 8, 39). Im deutschen Rechte dagegen hängt sein Entstehen zusammen mit einer dem Individualismus des r. R. entgegengesetzten Idee, mit der Idee einer schon unter Lebenden begründeten Verknüpfung zwischen Erblasser und Erben. Vielleicht aber hat jenes einem vertrauensseligen und lebhaften Gemeinschaftlichkeitsgefühl entsprechende Prinzip einen allgemeineren Boden als den deutscher Rechtssitte; musste ja doch schon das r. R. Spuren von Erbverträgen entgegentreten!

Nachdem sich einmal die Erbverträge in unserem Rechtsbewusstsein festgesetzt und eingebürgert haben, werden sie ohne Zweifel in die zu erwartende Codifikation sowohl als Erbeinsetzungs- wie als Vermächtnissvertrag aufgenommen werden; und der letztere, in seinen zum Theil bestrittenen Einzelheiten auf ein festes Mass gebracht und insbesondere klar von der m. c. donatio abgeschieden, wird so gut und vielleicht noch mehr einem Bedürfnisse des bürgerlichen Lebens dienen als der universelle Erbvertrag.

„De lege ferenda" möchte auch nicht nach Analogie des österr. oder franz. Rechtes eine Beschränkung der Erbverträge auf eheliche Verhältnisse befürwortet werden, da in dieser Beziehung Sitte und Gewohnheit wohl am besten ausgleichend zu wirken vermögen.







